

Aline de Almeida

**O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E A
RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS PELO BRASIL: RUPTURAS DOUTRINÁRIAS
E JURISPRUDENCIAIS PERANTE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
OBJETIVA**

Dissertação apresentada ao Programa
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
– PPGD/UFSC como requisito parcial
para obtenção do Grau de Mestre em
Direito e Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Junior,
Ph.D.

Coorientadora: Prof. Dra. Aline
Beltrame de Moura

Florianópolis
2018

Almeida, Aline de

O Instituto do Duty To Mitigate The Loss e a recepção da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias pelo Brasil: rupturas doutrinárias e jurisprudenciais perante o princípio da boa-fé objetiva. Aline de Almeida. – Florianópolis, 2018.

164 f. ; 14,81cm21cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

Bibliografia: f. 147-164.

1. Mitigação. 2. Contrato. 3. Inadimplemento. 4. CISG. 5. Perdas e danos. I. Título.



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

Campus Universitário, Bairro João David Ferreira Lima
Sítio Trindade - Caixa Postal 476
88040-900 Florianópolis, Estado de Santa Catarina
Fone (48) 2121-5287, fax (48) 2121-9131

**O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E A RECEPÇÃO
DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE
COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS PELO
BRASIL: RUPTURAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS
PERANTE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

ALINE DE ALMEIDA

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador
e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes
membros:

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
UFSC – Orientador

Prof. Dr. Jorge Luiz Fontoura Nogueira
UNICEUB – Membro
Prof. Dr. Cactano Dias Correa
UFSC – Membro
Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig
UFSC – Membro
Prof. Cristiane Derani
Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 27 de março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ciro e Sônia, pelo amor e apoio incondicional, que é a base em que se constroem todos os meus projetos.

À minha irmã, Karina, pelo carinho e constante incentivo em toda minha caminhada.

Ao meu namorado, Gláucio, por todo amor, carinho, paciência e companheirismo em toda essa jornada.

Ao meu Orientador, Professor Arno Dal Ri Junior, por ter acolhido o meu retorno à Universidade Federal de Santa Catarina para esse projeto, pelos sábios ensinamentos no decorrer de todo o curso do Mestrado e pelas referências de pesquisa e aprimoramentos recomendados.

À minha Coorientadora, Professora Aline Beltrame de Moura, pelo incentivo à realização do Curso de Mestrado, pela atenção e pelas preciosas correções, reflexões e sugestões concedidas ao longo desta Dissertação.

Aos Professores Manlio Frigo, Naiara Posenato e Jacopo Re, da *Università degli Studi di Milano*, Itália, pela carinhosa recepção e pelos valiosos ensinamentos transmitidos durante a pesquisa realizada.

RESUMO

O presente estudo busca verificar quais os delineamentos do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico brasileiro no período anterior à ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) pelo Brasil e quais as possíveis rupturas da recepção dessa norma pelo ordenamento interno quanto à aplicação deste instituto. Como hipóteses, estabeleceu-se que, antes da CISG ser ratificada pelo Brasil, a norma do artigo 77, conhecida como *duty to mitigate the loss*, foi internalizada pela doutrina brasileira como um dever acessório da boa-fé objetiva, bem como que, após a ratificação e posterior edição do Decreto 8.327/2014, referida norma passou a ter plena vigência, tendo por conteúdo um preceito de mitigação com contornos específicos capazes de causar a ruptura do modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência brasileira. Objetiva-se, assim, analisar as rupturas advindas da recepção da CISG pelo Brasil quanto à aplicação do *duty to mitigate the loss* perante o princípio da boa-fé objetiva. Neste trabalho utilizou-se o método indutivo e, como método auxiliar, o comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica de obras nacionais e internacionais sobre o tema, associada à observação das fontes legais e, ainda, de jurisprudência acerca do instituto do *duty to mitigate the loss* a fim de contrapor ao preciso modelo estabelecido no artigo 77 da CISG. A importância desse trabalho se revela pela ausência de estudo específico destinado à confrontação da norma de mitigação da CISG com o instituto consolidado pela doutrina e jurisprudência brasileira a fim de diagnosticar as rupturas capazes de subverter a norma vigente e, por consequência, a resolução de lide submetida à regência da CISG.

Palavras-chave: mitigação, contrato, inadimplemento, CISG, perdas e danos, boa-fé, cooperação, recepção.

ABSTRACT

The present study seeks to verify the designs of the duty to mitigate the loss in the Brazilian legal system in the period prior to the ratification of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) by Brazil and the possible ruptures in the reception of this Convention by the internal regulations regarding the application of this institute. As a hypothesis, it was established that before the CISG was ratified by Brazil, the norm of article 77, known as duty to mitigate the loss, was internalized by Brazilian doctrine as an accessory duty of objective good faith, as well as after the ratification and subsequent edition of Decree 8.327/2014, said norm became fully effective, having as content a mitigation precept with specific contours capable of causing the rupture of the model developed by Brazilian doctrine and jurisprudence. The objective is to analyze the ruptures resulting from the reception of the CISG by Brazil regarding the application of the duty to mitigate the loss in the face of the principle of objective good faith. In this work we used the inductive method and, as an auxiliary method, the comparative, using bibliographical research of national and international works on the subject, associated with the observation of legal sources and, also, the jurisprudence about the institute of duty to mitigate the loss in order to counteract the precise model laid down in Article 77 of the CISG. The importance of this work is revealed by the absence of a specific study aimed at confronting the CISG mitigation standard with the institute consolidated by Brazilian doctrine and jurisprudence in order to diagnose the ruptures capable of subverting the current norm and, consequently, submitted to the CISG.

Keywords: mitigation, contract, breach, CISG, damages, good faith, cooperation, reception.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS E A CONSTRUÇÃO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO ARTIGO 77..... | 15 |
| 2.1 A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS - CISG | 15 |
| 2.1.1 A busca pela uniformização das regras substantivas dos contratos de compra e venda internacionais: o caminho percorrido até a CISG | 16 |
| 2.1.2 Panorama da CISG: objetivos e importância no cenário internacional | 20 |
| 2.1.3 Estrutura e âmbito de aplicação da Convenção | 24 |
| 2.1.4 Princípios da Convenção..... | 32 |
| 2.2 O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NA CISG | 37 |
| 3 A INCORPORAÇÃO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> PELO DIREITO BRASILEIRO..... | 59 |
| 3.1 OS PRIMEIROS PASSOS DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO BRASIL: DA DOUTRINA DE AGUIAR DIAS AO ARTIGO DE VERA MARIA JACOB FRADERA..... | 60 |
| 3.2 CONSOLIDAÇÃO DA INTERNALIZAÇÃO: O ENUNCIADO 169 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL E O <i>LEADING CASE</i> DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... | 65 |
| 3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: DO DESUSO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSAGRAÇÃO COMO CLÁUSULA GERAL NO NOVO <i>CODEX</i> | 73 |
| 3.4 MOTIVAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DE DANOS E A BOA-FÉ OBJETIVA..... | 86 |
| 3.5 POSIÇÕES CONTRÁRIAS DA DOUTRINA: INEXISTÊNCIA DE LACUNA NO DIREITO CIVIL | 94 |
| 4 A RECEPÇÃO DA CISG PELO BRASIL E AS RUPTURAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> PERANTE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA | 103 |

| | |
|--|------------|
| 4.1 HISTÓRICO SOBRE A INCORPORAÇÃO DA CISG AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 104 |
| 4.2 PANORAMA GERAL DA APLICAÇÃO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO BRASIL NO MOMENTO DA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO: RUPTURAS QUANTO À ABRANGÊNCIA DO MODELO PREVISTO NO ARTIGO 77 | 108 |
| 4.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CISG E A PROBLEMÁTICA DA ABRANGÊNCIA | 124 |
| 4.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA À NORMA DE MITIGAÇÃO DO ARTIGO 77 DA CISG NA VISÃO DA DOCTRINA INTERNACIONAL: RUPTURAS QUANTO AO FUNDAMENTO..... | 133 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 143 |
| REFERÊNCIAS..... | 147 |

1 INTRODUÇÃO

No influxo de uma nova ordem contratual, pautada pelos princípios da boa-fé e função social, consagrados pelo Código Civil de 2002, é crescente a busca por um modelo de contrato equânime e justo. Para além de construções jurisprudenciais – por exemplo, teoria do adimplemento substancial, consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça¹ – é fruto desse movimento a internalização do *duty to mitigate the loss* pelo Brasil por inspiração do instituto previsto na Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), no qual está disposto no artigo 77. A internalização ocorreu anos antes da ratificação desse instrumento pelo Brasil e amparou-se em suposta lacuna no ordenamento civil quanto ao tema.

No âmbito da CISG, o *duty to mitigate the loss* aplica-se no momento da quantificação da indenização por perdas e danos devida ao credor inadimplido e é baseado na seguinte premissa: o credor não pode permanecer inerte diante da quebra do contrato e deve adotar medidas razoáveis para reduzir o seu prejuízo, sob pena de não ser indenizado pelos danos que poderiam ser evitados.

A doutrina majoritária sustentou a importação do instituto por entender que era compatível com o princípio da boa-fé objetiva, em especial, com o dever acessório de cooperação, entendimento que se solidificou com o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. A partir de então, houve a disseminação do instituto pela jurisprudência e o crescimento da sua importância no estudo e na prática jurídica.

O estudo proposto neste trabalho é relevante porque visa expor o fenômeno da internalização do *duty to mitigate the loss* pelo direito brasileiro e, de modo crítico, refletir sobre a abrangência do instituto conferida pela doutrina e jurisprudência, bem como o fundamento que serviu de base para essa importação. Tal análise é imprescindível uma vez que a CISG, instrumento internacional que serviu de inspiração para internalização, foi ratificada pelo Brasil e encontra-se em vigor desde outubro de 2014 no país, contexto em que se impõe o confronto do modelo desenvolvido pelo Brasil e aquele positivado pela Convenção.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1636692/ RJ*. Terceira Turma. Relator Min: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12/12/2017. Publicado em 18/12/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adimplemento+substancial&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Assim, formulou-se o seguinte problema ao presente estudo: Quais os delineamentos do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico brasileiro no período anterior à ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias pelo Brasil e quais as possíveis rupturas da recepção dessa norma pelo ordenamento interno quanto à aplicação deste instituto?

O termo “ruptura” é empregado neste trabalho no sentido de rompimento resultante da confrontação verificada com a vigência da norma internacional relativa à mitigação de danos com o instituto consolidado pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Como primeira hipótese, estabeleceu-se que, antes da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ser ratificada pelo Brasil, a norma do artigo 77, conhecida como *duty to mitigate the loss*, foi internalizada pela doutrina brasileira e utilizada como fundamento em numerosas decisões dos tribunais pátrios como um dever acessório da boa-fé objetiva, princípio que foi erigido à categoria de fundamental no direito privado, configurando-se, ainda, verdadeira cláusula geral de notório espectro de atuação no ordenamento.

Como segunda hipótese, formulou-se que, após a ratificação pelo Brasil e posterior edição do Decreto 8.327/2014, a Convenção foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro e ganhou *status* de lei ordinária, de modo que a norma de mitigação prevista no artigo 77 passou a ser cogente, é dizer, longe de ser um dever acessório de caráter amplo e vago, a norma internacional estabelece um preceito de mitigação com contornos específicos capazes de causar a ruptura do modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Nessa perspectiva, objetivou-se, de modo geral, analisar as rupturas doutrinárias e jurisprudenciais advindas da recepção da CISG pelo Brasil quanto à aplicação do *duty to mitigate the loss* perante o princípio da boa-fé objetiva. Especificamente, formulou-se quatro objetivos específicos. O primeiro era de compreender o conteúdo e a sistemática de aplicação do instituto do *duty to mitigate the loss* na forma como previsto na Convenção; o segundo, analisar o processo de internalização do *duty to mitigate the loss* pelo Brasil com destaque ao principal fundamento invocado pela doutrina para tanto, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva; terceiro, traçar um panorama da aplicação do instituto pela doutrina e jurisprudência brasileira no momento da vigência da Convenção a fim de analisar as possíveis rupturas quanto à abrangência e ao fundamento do modelo desenvolvido pelo Brasil e, por fim, o quarto objetivo era de investigar a possibilidade de vinculação, no

âmbito da CISG, entre a previsão de boa-fé, estabelecida no artigo 7º, e a norma de mitigação prevista no artigo 77.

Quanto à metodologia, utilizou-se neste trabalho o método indutivo e, como método auxiliar, o comparativo, nos moldes dos critérios extraídos da doutrina de Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro². Utilizou-se da pesquisa bibliográfica, aliando-se as principais obras internacionais sobre o tema, obtidas em pesquisa realizada no ano de 2016 na *Università degli Studi di Milano*, Itália, com aquelas de maior destaque no âmbito nacional. A leitura das obras estará ainda associada à observação das fontes legais, como a Convenção de Viena de 1980, o Código Civil Brasileiro, entre outras, das quais nos manteremos próximos a fim de buscar a adequada integração entre lei e doutrina.

Para além das obras bibliográficas, dar-se-á enfoque à pesquisa jurisprudencial acerca do instituto do *duty to mitigate the loss*, de modo a analisar as decisões proferidas pelos tribunais pátrios antes da ratificação da Convenção pelo Brasil e, portanto, o contexto em que se desenvolveu o instituto importado a fim de contrapor ao preciso modelo estabelecido no artigo 77 da CISG.

Assim, este trabalho se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, faz-se a apresentação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, panorama que abordará o histórico das leis uniformes em matéria de comércio internacional de mercadorias e do trabalho empreendido para a uniformização das regras substantivas até a consagração da CISG. Além disso, delinea-se os principais objetivos da CISG, bem como a importância desse instrumento no cenário internacional e no desenvolvimento de direitos domésticos dos países integrantes. Após, passa-se à exposição das normas de estrutura e de abrangência da Convenção, apresentando-se, ainda, os seus princípios orientadores, os quais são indispensáveis à correta compreensão desse instrumento internacional. Adentra-se, na sequência, ao estudo da norma de mitigação prevista no artigo 77 expondo-se a sua origem, natureza jurídica e demais características inerentes ao instituto à luz da doutrina e jurisprudência internacional.

O segundo capítulo é voltado à compreensão da incorporação do *duty to mitigate the loss* no Brasil, ocorrida sob o fundamento de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Traça-se histórico dos primeiros passos da regra de mitigação no país até a consolidação dessa

² MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62-65; 90-92.

importação com a edição do Enunciado 169 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e consequente disseminação na jurisprudência brasileira. Na sequência, analisa-se o principal fundamento invocado pela doutrina para a recepção do *duty to mitigate the loss*, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva, fazendo-se um retrospecto dessa previsão desde o Código Comercial de 1850 até a consagração como cláusula geral no Código Civil de 2002. Delineada a boa-fé no cenário jurídico atual, passa-se a tratar das motivações para a construção da relação entre a norma de mitigação de danos e a boa-fé objetiva. Em arremate ao capítulo, explana-se as posições doutrinárias contrárias à recepção do *duty to mitigate the loss*, as quais estão amparadas na premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos capazes de tratar sobre a mitigação de danos sem que se tenha que invocar o princípio da boa-fé.

O terceiro capítulo examina a recepção da CISG pelo Brasil e as rupturas doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do *duty to mitigate the loss* perante o princípio da boa-fé objetiva. Assim, de início, relata-se o processo incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro, caminho que se iniciou com a ratificação em 04 de março de 2013 e findou com a edição do Decreto Presidencial em 16 de outubro de 2014. Em seguida, traça-se um panorama geral da aplicação do *duty to mitigate the loss* no Brasil no momento da vigência da Convenção e as rupturas desse modelo no que concerne ao fundamento e à abrangência do instituto previsto na CISG. À vista da estreita relação construída entre a boa-fé e a norma da mitigação, aprofunda-se o estudo da primeira no âmbito da CISG a fim de compreender o seu conteúdo à luz das particularidades da sua criação pela Convenção. E, por fim, debruça-se sobre a possibilidade (ou não) de vinculação da boa-fé com a norma de mitigação, à luz da doutrina internacional especializada, tendo em conta sobretudo o controverso papel da boa-fé na CISG.

2 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS E A CONSTRUÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO ARTIGO 77

O presente capítulo visa, em um primeiro momento, traçar um panorama da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, realizada em Viena no ano de 1980, sendo conhecida pela sigla CISG. Abordar-se-á, primeiramente, o seu histórico, apresentando os antecessores instrumentos internacionais firmados na Convenção da Haia de 1964 elaborados com a finalidade de uniformização das regras substantivas e que, apesar de não terem obtido o êxito almejado, contribuíram para construção da CISG. Adentrar-se-á à estrutura da Convenção de Viena, expondo-se seu âmbito de aplicação, objetivos e princípios a fim de desenhar esse instrumento com todas as minúcias indispensáveis à sua compreensão.

Estabelecido o delineamento da Convenção, o capítulo abordará, em um segundo momento, o artigo 77 da CISG, o qual prevê o princípio de mitigação do prejuízo, conhecido na *common law* como *duty to mitigate the loss*. Referida disposição será abordada com profundidade e analisada à luz de todo o arcabouço da Convenção a fim de extrair conteúdo condizente com os anseios do mercado internacional, sobretudo de obtenção de estabilidade, segurança e economicidade das relações de compra e venda internacional de mercadorias.

2.1 A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS - CISG

A Convenção de Viena, recentemente ratificada pelo Brasil, representa um grande passo para o desenvolvimento do comércio internacional, na medida em que é um instrumento que proporciona integração jurídica por meio da adoção de uma plataforma verdadeiramente comum para a realização das transações comerciais, o que resultou numa ampla adesão pelos países dos mais variados sistemas econômicos, políticos e jurídicos.

Essa destacada posição, até então não obtida por outros instrumentos dessa natureza, evidencia a importância de um estudo aprofundado a fim de compreender toda a conjectura e conteúdo desse instrumento.

2.1.1 A busca pela uniformização das regras substantivas dos contratos de compra e venda internacionais: o caminho percorrido até a CISG

A compra e venda é a operação de câmbio mais importante em um país, sendo geradora do desenvolvimento comercial e, portanto, de riqueza. Impulsiona a economia, influencia outros setores e, principalmente, promove o intercâmbio, diversificando e enriquecendo a produção e o consumo.

A dinâmica da compra e venda, como é sabido, ultrapassou as fronteiras dos países e, em busca do desenvolvimento, empresas buscam mercadorias estrangeiras para aperfeiçoar sua produção e, assim, tornar-se mais competitiva no concorrido mercado.

Todo esse movimento é resultado de uma vertiginosa internacionalização das relações sociais, fruto do desenvolvimento acelerado dos meios de comunicação e de uma realidade concorrencial cada vez mais intensa, em ávida busca por um alcance maior de mercado consumidor.

Nesse cenário, o comércio internacional passou a ter uma crescente importância, consequência direta da industrialização e das melhorias da celeridade dos meios de transporte e de desenvolvimento das comunicações.

Ocorre que, como registra Kröll, Mistelis, Viscasillas, o século XIX também testemunhou a "nacionalização" do direito civil e comercial, introduzindo um alto nível de desunificação do direito, barreira importante no processo de unificação das regras aplicáveis ao comércio internacional que se desenvolveria nos anos seguintes³.

Assim, um dos grandes obstáculos e entraves ao comércio internacional consistia no fato de as trocas comerciais internacionais serem regidas por vários ordenamentos jurídicos, algumas vezes diversos em sua essência. Essa diversidade de ordenamentos aptos a regular uma mesma relação jurídica acabava causando problemas na regulação de aspectos importantes dos contratos internacionais, em questões tais como a transferência de riscos, o momento de formação dos contratos, a responsabilidade civil, as cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade, dentre outras.

³ KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 02.

Os entraves decorriam de dúvidas sobre a aplicação de legislação, dúvidas acerca do país responsável pela resolução de eventuais conflitos, barreiras linguísticas, culturais, entre outros óbices que elevavam o risco dessas transações e, portanto, os seus custos, prejudicando sobremaneira o desenvolvimento do comércio internacional.

Por essa razão, adoção de um conjunto de regras uniforme, que se propõe a transcender os limites nacionais, significava um passo essencial para a construção de relações comerciais céleres, eficientes e seguras, tudo a fim de atrair a confiança dos países e consolidar um modelo de contrato independentemente da cultura jurídica dos países envolvidos. Afinal, integração econômica também requer integração jurídica.

Parece inaceitável que transações deixem de ser realizadas por conta de divergências quanto à aplicação da legislação – se do país vendedor, do país comprador ou de um terceiro – impasse comumente verificado nas transações internacionais antes da unificação das regras aplicáveis ao comércio internacional de mercadorias. Isso porque cada parte envolvida tinha a intenção de aplicar a sua legislação doméstica por conta do domínio das suas normas (e interpretação), evitando surpresas decorrentes da aplicação de uma legislação estrangeira desconhecida.

Diante de todo esse contexto, não são novas as tentativas de uniformização das regras aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias a fim de minimizar os riscos e estabilizar essas relações.

Historia-se que, desde 1929, os trabalhos conduzidos pelo Instituto para Unificação do Direito Privado - UNIDROIT e sob a responsabilidade do professor Ernst Rabel convergiam para unificação das regras substantivas relacionadas ao contrato de compra e venda internacional de mercadorias. Embora o Comitê tenha inicialmente cumprido esta tarefa com todos os aspectos do Contrato de Venda, em 1934 foi decidido separar as regras de constituição das regras de execução do contrato⁴.

Esse primeiro momento da trajetória em busca da unificação do direito aplicável à compra e venda internacional foi bem retratado na doutrina de Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem⁵:

Em 3 de setembro de 1926, foi fundado em Roma o Instituto Internacional para a Unificação do

⁴ SCHLECHTRIEM, Peter. *Internationales UN-Kaufrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 2.

⁵ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG-Successes and Pitfalls. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, 2009, p. 459.

Direito Privado UNIDROIT; Foi inaugurado em 30 de maio de 1928. No mesmo ano, Ernst Rabel propôs trabalhar para uma unificação da lei de vendas internacionais. Em 21 de fevereiro de 1929, Rabel apresentou seu relatório preliminar sobre as possibilidades de unificação da lei de vendas. Em 29 de abril de 1930, foi fundada uma comissão formada por representantes de diferentes sistemas jurídicos. O primeiro rascunho de uma lei uniforme de vendas foi publicado em 1935. Em 1936, Rabel publicou o primeiro volume de seu trabalho seminal "Das Recht des Warenkaufs" fornecendo uma análise, o status quo da lei de vendas em uma ampla base comparativa. Em 1937, no entanto, Rabel foi forçado a emigrar de Berlim para os Estados Unidos, e nos próximos dois anos, a Segunda Guerra Mundial interrompeu quaisquer esforços de unificação. (tradução nossa)⁶

Finda a Segunda Guerra, somente em 1952 foi constituída uma comissão para revisar o projeto originário desenvolvido por Ernst Rabel, o qual foi submetido, posteriormente, à Conferência da Haia para Unificação do direito de venda e compra ocorrida em 1964.

Nessa Conferência, os Estados participantes adotaram dois instrumentos, quais sejam, a Lei Uniforme sobre Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods - ULF*) e a Lei Uniforme sobre Contratos Internacionais de Compra e Venda

⁶ No original: "On September 3, 1926, the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) was founded in Rome; it was inaugurated on May 30, 1928. In the same year, Ernst Rabel proposed to work towards a unification of international sales law. On February 21, 1929, Rabel submitted his preliminary report on the possibilities of sales law unification. On April 29, 1930, a committee consisting of representatives from different legal systems was founded. The first draft of a uniform sales law was published in 1935. In 1936, Rabel published the first volume of his seminal work "Das Recht des Warenkaufs" providing an analysis, the status quo of sales law on a broad comparative basis. In 1937, however, Rabel was forced to emigrate from Berlin to the United States, and in the next couple of years, World War II interrupted any further unification efforts".

(*Uniform Law on the International Sale of Goods* - ULIS), ambas datadas de 01.07.1964.

O ULIS entrou em vigor em 18 de agosto de 1972, enquanto o ULF entrou em vigor cinco dias depois. No entanto, tais instrumentos internacionais não alcançaram o êxito almejado por diversas razões.⁷ Em primeiro lugar, apenas um pequeno número de Estados estava representado na conferência diplomática: 22 dos 28 Estados representados eram países da Europa Ocidental e altamente desenvolvidos; apenas três países em desenvolvimento e três países da Europa Oriental participaram. Em segundo lugar, como consequência da baixa participação, as regras adotadas estavam mais estreitamente relacionadas ao comércio entre países com atitudes semelhantes em relação ao comércio internacional. Em terceiro lugar, apenas um número muito pequeno de Estados ratificaram ambas as Convenções: nove no total.⁸

Nesse contexto, tais normas, apesar de terem contribuído para a formação da CISG, não tiveram importância significativa para o comércio internacional.⁹

À vista disso, a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (*United Nations Commission for International Trade Law* – UNCITRAL) tratou de revisar as leis uniformes de comércio de Haia e redigir regras nas quais todos os países do mundo, independentemente de sua economia e nível de desenvolvimento, pudessem aderir. Como bem historia Enderlein e Maskow, na primeira sessão em 1968, foi decidido dar prioridade aos seguintes tópicos: (a) venda internacional de mercadorias; (b) pagamentos internacionais e (c) arbitragem internacional de comércio¹⁰.

⁷ GOULART, Monica Eghrari. A Convenção de Viena e os Incoterms. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 856, p. 67-91, fev. 2007, p. 70.

⁸ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁹ HUBER, Peter; MULIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007, p. 3. NADELMANN, Kurt H. The uniform law on the international sale of goods: a conflict of laws. *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 74, p. 449-463, 1965.

¹⁰ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. New York: Oceana Publications, 1992, p. 03.

Em 1977, o grupo de trabalho submeteu o projeto completo da convenção de compra e venda internacional de mercadorias na décima sessão da UNCITRAL. Em 1978, o grupo então apresentou à décima primeira sessão da UNCITRAL o projeto da convenção de formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Ambos os projetos foram integrados em um único projeto nesta décima primeira sessão da Comissão.

Entre 10 de março e 05 de abril de 1980, delegados oriundos de 62 países deliberaram sobre a CISG na Conferência Diplomática da Organização das Nações Unidas (ONU), representando os mais diversos sistemas jurídicos, econômicos e sociais: 22 países europeus e de outros estados ocidentais desenvolvidos, 11 socialistas, 11 sul-americanos, 11 asiáticos e sete africanos. Por outro ponto de vista, eram 22 países ocidentais, 11 socialistas e 29 países do terceiro mundo.

Ao final da Convenção, 42 países votaram a favor da Convenção. Em 11 de dezembro de 1986 foi alcançado o número necessário de ratificações e a Convenção entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988 para os onze primeiros Estados que depositaram, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, os respectivos instrumentos de adoção. Tais Estados foram: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia.¹¹

2.1.2 Panorama da CISG: objetivos e importância no cenário internacional

Em contrapartida às Convenções da Haia, os grupos de trabalho da CISG tiveram representação mundial, o que se denota do expressivo número de países presentes e de ratificações. Imbuída da intenção de melhorar os seus antecedentes menos bem-sucedidos, o objetivo precípua da CISG “era o de produzir um documento que fosse verdadeiramente global em conciliar as tradições jurídicas, apto a representar todos os sistemas jurídicos”¹².

Estes objetivos ficaram evidenciados no relatório do Sexto Comitê da UNCITRAL, elaborado em Assembleia Geral datada de 04 de dezembro de 1980, quando da conclusão da CISG, tendo sido inclusive citado em seu Preâmbulo.

¹¹, op. cit., p. 460.

¹² GARRO, Alejandro. Reconciliation of legal traditions in the U.N: Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *International Lawyer*, v. 23, p. 443-483, 1989.

Segundo o relatório, a redução ou remoção dos obstáculos jurídicos ao fluxo do comércio internacional, especialmente aqueles que afetam os países em desenvolvimento, contribuiria significativamente para a cooperação universal entre todos os Estados com base na igualdade, na equidade e nos interesses comuns e na eliminação da discriminação no comércio internacional e, destarte, para o bem-estar de todos os povos.¹³

Referido conteúdo foi reproduzido no Preâmbulo da Convenção de Viena, que se transcreve:

OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE
CONVENÇÃO,

Tendo em conta os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária;

Considerando que o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados; Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

ACORDAM no seguinte:¹⁴

¹³ NAÇÕES UNIDAS. UNCITRAL. Resolução adotada pela Assembleia Geral sobre relatório do Sexto Comitê (A/51/628). *Relatório da UNCITRAL sobre os trabalhos da 29ª sessão*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-161.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁴ No original: “*THE STATES PARTIES TO THIS CONVENTION, BEARING IN MIND the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order, CONSIDERING that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States, BEING OF THE OPINION that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal*

A leitura do relatório e do Preâmbulo não deixa dúvidas que o objetivo maior perseguido pela CISG é de que seja proporcionada uma igualdade entre os transatores independentemente do desenvolvimento dos países e das suas legislações domésticas, eliminando quaisquer discriminações que acarretem desequilíbrios, ambiente que promove a segurança para o desenvolvimento dessas relações.

Assim, firmado o compromisso de buscar a igualdade entre os transatores para a obtenção de vantagens mútuas, objetiva a Convenção conferir previsibilidade e segurança jurídica, operacionalizadas com a adoção de um mesmo regime jurídico pelos países, sem prejuízo à sua soberania e sem modificação obrigatória dos direitos nacionais. Além disso, como a CISG é uma convenção internacional, portanto de aplicação obrigatória pelos Estados aderentes, a segurança jurídica é garantida através de sanções efetivas que podem ser aplicadas tanto por tribunais arbitrais quanto estatais.

Além disso, a CISG visa a quebra de barreiras culturais, na medida em que não privilegia nenhum sistema jurídico, nem interesses particulares de determinados países. Em outras palavras, a CISG é um instrumento legitimamente internacional e de vocação universalista para reger as transações de compra e venda no comércio internacional.

Por fim, a Convenção objetiva a redução do custo de transação, pois, uma vez estando os profissionais do direito dos mais diferentes países envolvidos no comércio internacional capacitados para aplicá-la, e sendo menos frequente o recurso aos direitos nacionais, diminui a necessidade de contratação de especialistas no direito de outro país, o que traz maior eficiência às transações mercantis internacionais.¹⁵

De acordo com Saidov¹⁶, a CISG é considerada um tratado internacional nos moldes da definição atribuída pelo art. 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e, diante de seu notório êxito, é tida como o mais significativo pedaço da legislação substantiva contratual em vigor em nível internacional, “o centro do direito do

systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade, HAVE DECREED as follows: [...]”

¹⁵ Cf. Apresentação da Convenção contida no Sítio da CISG no Brasil. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁶ SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in international sales: The CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 03.

comércio internacional”¹⁷ ou, ainda, “o primeiro instrumento comercial internacional verdadeiramente aceito por grandes segmentos da comunidade internacional”¹⁸.

A destacada importância desse instrumento internacional vem do fato de que, trinta e oito anos depois da adoção da conferência diplomática em Viena em 1980 e 30 anos depois da entrada em vigor em 1º de janeiro de 1988, a CISG conta com 85 países contratantes¹⁹ de todas as regiões do mundo com diferentes regimes políticos e econômicos. Isso significa que o comércio de mercadorias dos Estados Unidos para a China, por exemplo, terão o mesmo direito aplicável, usarão os mesmos conceitos e resolverão os conflitos de acordo com os mesmos princípios.

Diante da ampla adesão pelos países, pode-se afirmar que a Convenção de Viena é aplicável em aproximados 80% do comércio mundial de mercadorias²⁰, êxito nunca antes obtido pelos anteriores instrumentos internacionais.

Kröll, Mistelis e Viscasillas mencionam que uma das razões para o sucesso da CISG é que esse instrumento consagra uma compreensão moderna das principais instituições jurídicas do contrato de venda, ao mesmo tempo que alcança um regime uniforme que fornece um entendimento comum aos compradores e vendedores em todo o mundo²¹.

Ingeborg Schwenzer recorda que a Convenção não apenas exerce um papel destacado no plano internacional, como também vem influenciando e modelando as legislações nacionais sobre compra e venda de mercadorias em diversos países²².

¹⁷ SCHMITTHOFF, Clive. *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*. 9. ed. Stevens & Sons: London, 1990. p. 252.

¹⁸ LOOKOFSKY, Joseph. *International Encyclopedia of Laws*. s.l.: Kluwer, 1993, p. 17.

¹⁹ O status de adoção da CISG pelos Estados-partes da Convenção está disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁰ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER Ingeborg. *Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods*. OUP, 2010, p. 1.

²¹ KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 02.

²² SCHWENZER, Ingeborg. Regional and Global Unification of Sales Law. *European Journal of Law Reform*, n. 13, p. 370-379, 2011. A autora cita como exemplos da influência da CISG em nível nacional o fato de a Finlândia, a Noruega e a Suécia terem aproveitado a entrada em vigor da CISG em seus países, no ano de 1989, para reformar suas legislações nacionais sobre o tema, grandemente influenciadas pelo texto da Convenção, bem como os recentes países do Leste Europeu que, após a ruína da União Soviética, ocorrida com o

Reinhard Zimmermann aponta ainda que a CISG exerceu considerável influência no Projeto de Princípios do Direito Europeu de Vendas, assim como ocorreu na Diretiva Europeia de Vendas ao Consumidor de 1999, com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos e com os instrumentos relativos à harmonização global do direito dos contratos²³.

Assim, é importante reiterar que o papel da CISG ultrapassa o mero amparo legal em caso de conflitos. A CISG representa uma linguagem comum e um comum entendimento de conceitos-chave, o que facilita sobremaneira a negociação e a redação de contratos de compra e venda. Aliás, esse papel da CISG inclusive evita a deflagração dos conflitos, na medida em que, se ambas as partes do contrato convergem para a adoção de uma linguagem comum, a negociação torna-se mais ágil, previsível e segura, tornando-se mais difícil a ocorrência de divergências quanto aos termos do contrato e sua futura execução.

2.1.3 Estrutura e âmbito de aplicação da Convenção

A Convenção de Viena é composta por 101 artigos, dividido em 4 partes.

Na primeira parte são estabelecidas as regras gerais da Convenção. Em particular, os artigos 1º ao 5º referem-se ao campo de aplicação da CISG, explanando a definição de venda e a exclusão de determinadas vendas.

A parte II diz respeito à formação do contrato e possui disposições específicas acerca da oferta, revogação, aceitação e retirada.

A parte III é a mais longa da Convenção e trata da execução do contrato de compra e venda de mercadorias, dando ênfase às obrigações do comprador e do vendedor e os remédios em caso de descumprimento do contrato. Está organizada em 5 capítulos: o capítulo I é inaugurado com disposições gerais, mas especialmente trata de violação essencial, notificação e comunicações, execução específica e modificação do contrato. O capítulo II trata das obrigações do vendedor e os remédios para o descumprimento do contrato pelo vendedor. O capítulo III versa

fim da Guerra Fria, viram na CISG uma inspiração para a formulação de seus novos Códigos Civis.

²³ ZIMMERMANN, Reinhard. *Symposium: CISG – The 25th Anniversary: Its Impact in the Past and Its Role in the Future*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmermann.html>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

sobre as obrigações do comprador e os remédios para o descumprimento do contrato pelo comprador. O capítulo IV trata sobre a transferência do risco e o capítulo V contém as disposições comuns às obrigações do vendedor e do comprador.

Finalmente, a parte IV da Convenção diz respeito às disposições finais referentes às regras de ratificação e entrada em vigor.

De acordo com Schlechtriem essa descrição do conteúdo da Convenção evidencia uma diferença fundamental das Convenções da Haia: as regras que regem a formação do contrato e as regras que regem o direito substantivo da compra e venda foram dispostas juntamente em uma única Convenção²⁴. Tal disposição, é certo, visa simplificar o manejo das normas, as quais devem ser lidas e interpretadas de modo sistemático e não isoladamente como se fossem pertencentes a esferas diferentes.

O ponto de partida da Convenção de Viena de 1980 é a disposição acerca da sua esfera de aplicação, disciplina que delimita os casos em que terão incidência esse instrumento internacional. É dizer, não serão em todas as hipóteses de compra e venda internacional de mercadorias que incidirão as disposições da Convenção, de modo que ficou estabelecido expressamente os requisitos que atrairão a aplicação desse instrumento internacional.

Dessa forma, prevê o artigo 1º da Convenção de Viena que:

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

Como dito, a Convenção não tem a pretensão de possuir caráter universalista, de modo que, diferentemente das Convenções da Haia de 1964, a Convenção de Viena é aplicável somente nas duas hipóteses

²⁴ SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 03.

listadas acima. Nesse sentido, vale transcrever comentário de John Honnold acerca dessa disposição²⁵:

A Convenção de Comércio de 1964 ordenava aos tribunais dos Estados Contratantes que aplicassem as suas regras a qualquer venda internacional, ainda que a transação e as suas partes não tivessem qualquer contato com qualquer Estado Contratante. Como veremos no Comentário ao Artigo 1, a Convenção de 1980 rejeita esta abordagem "universalista". Os Estados Contratantes são obrigados a aplicar a Convenção somente quando o local de negócios de ambas as partes na venda estiver em Estados Contratantes ou quando as regras de direito internacional privado conduzem à aplicação da lei de um Estado Contratante e este último motivo pode ser excluído por reserva. Estas disposições não parecem demasiado modestas tendo em conta a adesão generalizada à Convenção e a oportunidade das partes de chegarem a acordo sobre a aplicabilidade da Convenção²⁶.

De acordo com o artigo 1º, a CISG aplica-se em dois casos alternativos, o primeiro dos quais é que as partes devem ter os seus estabelecimentos comerciais em diferentes Estados contratantes.

Nessa leitura, bem se vê que o caráter internacional da compra e venda está relacionado exclusivamente com o critério do estabelecimento das partes no momento do contrato, sendo irrelevante o lugar de sua

²⁵ HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 14-15.

²⁶ No original: “*The 1964 Sales Convention directed the tribunals of Contracting States to apply its rules to any international sale even though the transaction and its parties had no contact with any Contracting State. As we shall see in the Commentary to Article 1, the 1980 Convention rejects this “universalist” approach. Contracting States are obliged to apply the Convention only when the place of business of both the parties to the sale are in Contracting States or when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State and this latter ground may be excluded by reservation. These provisions do not seem too modest in view of widespread adherence to the Convention and the opportunity of parties to agree on the applicability of the Convention*”.

celebração, como também aquele em que estiver situada as mercadorias ou, ainda, o lugar em que essas devam ser transportadas para entrega²⁷.

Assim, questões relacionadas à nacionalidade das partes, ao local da entrega das mercadorias, ou mesmo se as mercadorias atravessam fronteiras não são significativas para a determinação da internacionalidade exigida pela CISG.

Nessa linha de raciocínio, Vidal Olivares acrescenta que será regida pela Convenção uma compra e venda, cujo objeto sejam mercadorias situadas e entregues dentro do mesmo Estado, se uma das partes envolvidas tem seu estabelecimento em um Estado diverso e este se relacione com a Convenção²⁸.

O autor chileno destaca ainda a necessidade de conexão dos Estados com a Convenção para a aplicação de seus termos, ressaltando que essa conexão pode ser direta e indireta. Aprofundando a temática, Vidal Olivares²⁹ sustenta que

Mas, como já referi, não é suficiente para a implementação da Convenção que as partes tenham os seus estabelecimentos em vários Estados, exigindo-se ainda a relação ou conexão desses Estados à Convenção. Com efeito, o artigo 1 (1) prevê uma relação ou conexão direta e outra indireta, sendo qualquer delas suficiente para determinar a aplicação da Convenção. Vai ser direta quando os estabelecimentos de ambas as partes se encontram em Estados que são partes em Viena – se fala em Estado contratante - sem interessar se as partes tenha conhecimento disso. A Convenção, que é bem nestes dois Estados, imposto pelo princípio da especialidade sobre a lei que regula os negócios domésticos. [...]

No entanto, a aplicabilidade da Convenção não está necessariamente descartada quando uma ou ambas as partes tenham o seu estabelecimento num Estado que não seja parte da Convenção. Ela certamente também se aplica quando as regras do direito internacional privado levarem à lei de um Estado

²⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro R. El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 3, 2006, p. 445.

²⁸ *Ibid.*, p. 445.

²⁹ *Ibid.*, p. 446.

que o seja. A relação com a Convenção é indireta quando houver o intermédio de um terceiro Estado, designado pela regra de conflito. Deve-se notar que os Estados, ao aderir ou ratificar a Convenção podiam e podem evitar que essa seja aplicável por esta relação indireta, sempre que esses declarem nesse momento que não ficarão obrigados pelo artigo 1 (1) letra b) . Esta é a reserva do artigo 95 da Convenção e que tem sido feito pelo Canadá, Eslováquia, República Checa, China e Estados Unidos.³⁰

Como visto, o cabeçalho alternativo do artigo 1º para a aplicação da CISG é que as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante. O artigo 1º não diz quais as suas regras de direito internacional privado, mas elas só podem ser as do Estado do foro. Além disso, o Estado do foro deve ser um Estado Contratante se for obrigado a aplicar a CISG assim dirigida³¹.

³⁰ No original: “*Pero, como he expresado, no basta para la aplicación de la Convención con que las partes tengan sus establecimientos en Estados diversos, sino que se requiere, adicionalmente, la relación o conexión de tales Estados con la Convención. En efecto, el artículo 1(1) CV prevé una conexión o relación directa y otra indirecta, siendo cualquie-ra de ellas suficientes para determinar la aplicación de la Convención. Será directa cuando los establecimientos de ambas partes se encuentran en Estados que son partes de Viena -se habla de Estado contratante- sin interesar que las partes tengan conocimiento de ello. La Convención, que constituye derecho en esos dos Estados, se impone por aplicación del principio de la especialidad sobre la ley que regula el negocio interno. [...]*

Sin embargo, la aplicabilidad de la Convención no está necesariamente descartada cuando una o ambas partes tengan su establecimiento en un Estado que no sea parte de la Convención. Ciertamente, ella igualmente se aplicará cuando las normas de derecho internacional privado conduzcan a la ley de un Estado que sí lo sea. La relación con la Convención es indirecta al producirse por intermedio de un tercer Estado, el designado por la norma de conflicto. Cabe precisar que los Estados, al momento de adherir o ratificar la Convención, podían y pueden evitar que ella sea aplicable por esta relación indirecta, siempre que ellos declaren en ese momento que no quedarán obligados por el artículo 1, (1) letra b). Se trata de la reserva del artículo 95 de la Convención y que ha sido hecha por Canadá, Eslovaquia, República Checa, China y Estados Unidos de Norteamérica”.

³¹ BRIDGE, Michael. *The international sale of goods – law and practice*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 43.

Estabelecido quem poderão ser sujeitos à incidência da CISG, cabe analisar quais contratos enquadram-se nos moldes de compra e venda internacional de mercadorias para fins de aplicação da Convenção. A esse respeito o artigo 3 da Convenção é claro ao estabelecer que

- (1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.
- (2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Como primeira conclusão da leitura dessa disposição, temos que a Convenção optou por não estabelecer um conceito operacional acerca de compra e venda internacional de mercadorias. Tal situação desafiou doutrinadores a buscar um conteúdo preciso para essa transação, tendo em conta toda a sistemática da Convenção. Por isso que, antes de adentrar às minúcias do artigo 3, mostra-se essencial colacionar construção de Vidal Olivares³² acerca da concepção de compra e venda internacional:

Decidir se um contrato é ou não sujeito às regras de Vienna, implica, necessariamente, saber o que se entende por venda internacional de mercadorias. A Convenção não define, no entanto, pode ser construído um conceito de que a partir de seu próprio texto, em especial os requisitos em matéria de obrigações do vendedor e do comprador. Depreende-se dos artigos 30, 35, 42, 53 e 60 para a venda internacional de mercadorias é aquele negócio jurídico sinalagmático celebrado entre um vendedor e comprador que tenham seus estabelecimentos em Estados diferentes, mas relacionados com a Convenção e em que o primeiro se obriga a entregar mercadorias conforme o contrato, livre de qualquer reivindicação ou direito de terceiros, transferir a propriedade e entregar

³² VIDAL OLIVARES, op. cit., p. 444.

qualquer outro documentos a ela relacionados, e o segundo a pagar o preço do contrato, fazer tudo o que razoavelmente possa se esperar para que o vendedor realize a entrega; e, finalmente, receber a mercadoria.³³

Feita essa digressão, bem se vê que a primeira alínea do artigo 3 prevê que os contratos de compra e venda onde haja fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir estão cobertos pela Convenção. Esta regra não é, porém, absoluta. Caso o contraente que encomendou as mercadorias “tenha de fornecer uma parte essencial” dos materiais “necessários para o fabrico ou produção” dela, a Convenção será, neste caso, excluída. Ademais, não se perquire aqui se as mercadorias a fabricar ou produzir são coisas certas e determinadas. O que importa é que a parte essencial dos materiais foi fornecida por aquele que encomendou as mercadorias.

A Convenção é silente no que se refere ao termo essencial da alínea 1. Nesse aspecto, é importante registrar que as traduções da Convenção possuem diferenças quanto à expressão “parte essencial”. Esclarece Pignatta³⁴ que a versão oficial inglesa utiliza o termo *substantial part* do mesmo modo que a versão oficial espanhola: *parte sustancial*. Por outro lado, pontua o autor que a versão oficial francesa utiliza o termo *part essentielle* e a maioria das traduções em língua portuguesa utiliza a expressão “parte essencial”, exceto uma que utiliza “parte substancial”.

³³No original: “Decidir si un contrato queda, o no, sometido a la normativa de Viena, implica necesariamente saber qué debe entenderse por compraventa internacional de mercaderías. La Convención no la define, sin embargo, puede construirse un concepto de ella a partir de su propio texto, en particular, de las disposiciones que fijan las obligaciones del vendedor y del comprador. Se desprende de sus artículos 30, 35, 42, 53 y 60 que la compraventa internacional de mercaderías es aquel negocio jurídico sinalagmático celebrado entre un vendedor y un comprador que tienen sus establecimientos en Estados diferentes, pero relacionados con la Convención y en cuya virtud el primero se obliga a entregar mercaderías conformes al contrato, libres de cualquiera pretensión o derecho de tercero, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera otros documentos relacionados con ellas’ 8 , y el segundo a pagar el precio del contrato, hacer todo lo que razonablemente pueda esperarse de él para que el vendedor realice la entrega; y, finalmente, recibir las mercaderías.”

³⁴ PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980*: Artigo 3. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net>, novembro/2011>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Essa divergência na tradução da expressão em parte essencial ou substancial acaba pondo em confronto duas concepções: os que consideram que a expressão quer se referir à essencialidade da mercadoria e outros que entendem que deverá ser baseado no valor econômico dos elementos fornecidos. À vista dessa divergência, Pignatta noticia que a doutrina majoritária considera que o valor da mercadoria é que deve ser o termômetro para saber se o material fornecido é ou não sua parte essencial³⁵.

É importante destacar que a CISG não define expressamente o que deve ser concebido por mercadorias para fins de incidência da Convenção. Mas, por outro lado, valendo-se do método de exclusão, a Convenção revela quais bens não podem ser convencionados sob a regência da CISG, nos termos do seu artigo 2º.

Dessa forma, nos termos do artigo 2º, estão excluídas da aplicação da CISG as vendas de: (a) mercadorias objeto de venda a consumidores, sendo aquelas mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar e doméstico (salvo se o vendedor, antes ou no momento da conclusão do contrato, não soubesse, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal fim); (b) mercadorias vendidas em hasta pública; (c) mercadorias objeto de execução judicial; (d) valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) venda de navios, embarcações e aeronaves e (f) venda de eletricidade³⁶.

A propósito dessa exclusão, a ideia foi a de eliminar aqueles tipos de vendas que, pela natureza, poderiam ser abrangidas pela CISG, mas que, por serem, em geral, profundamente reguladas pela legislação doméstica dos vários países, foram excluídas de forma proposital da aplicação da Convenção de Viena.

Para além da concepção advinda das exclusões contidas no artigo 2º, a leitura da CISG fornece uma descrição mais restrita de mercadorias. O artigo 35 menciona que as mercadorias deverão ser entregues “acondicionadas ou embaladas” na forma estabelecida pelo contrato³⁷. O artigo 46, n. 3, exige que, se as mercadorias não estiverem em conformidade com o contrato, “o comprador poderá exigir do vendedor

³⁵ Ibid.

³⁶ BRIDGE, 1999, op. cit., p. 47.

³⁷ Artigo 35. “(1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida”.

que as repare para sanar a desconformidade”³⁸. Os artigos 85 a 88 regulamentam a conservação das mercadorias e o artigo 87 menciona especificamente o “armazenamento” de mercadorias.³⁹

Dessa forma, se houver incerteza sobre se um determinado item pode ser classificado como mercadoria, um tribunal pode fazer perguntas adicionais, como se o item em questão é um bem móvel e tangível que pode ser embalado, se necessário, bem como se pode ser reparado e armazenado, se necessário.⁴⁰

Por fim, por força do disposto nos artigos 4º, 5º e 6º, a CISG não trata de (a) validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas, bem como a validade de qualquer uso ou costume; (b) efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas; (c) responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa; (d) contratos nos quais as partes excluíram expressamente a aplicação da CISG.

2.1.4 Princípios da Convenção

A Convenção de Viena, em seu Artigo 7(2), faz menção a seus “princípios gerais”, como instrumento de suprimento de lacunas. Em consulta à bibliografia específica sobre este dispositivo, percebe-se que há divergência da doutrina quanto ao número de princípios que regem a CISG⁴¹. Todavia, se por um lado não há consenso quanto ao número e à denominação dos princípios, por outro, em estudo mais aprofundado, reconhece-se grande semelhança no conteúdo destes.

³⁸ Artigo 46. “(3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento”.

³⁹ Artigo 87 “A parte que estiver obrigada a adotar medidas para a conservação das mercadorias poderá depositá-las em armazém de terceiro, por conta da outra parte, desde que os gastos resultantes não sejam não razoáveis”.

⁴⁰ ZELLER, Bruno. *The challenge of a uniform application of the CISG common problems and their solutions*. *Macquarie Journal of Business Law*, v. 3, p. 309-321, 2006, p. 314.

⁴¹ ZELLER, Bruno. *Four Corners: The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2003. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

A CISG contém princípios fundamentais, muitos dos quais estão dispostos na Parte I da Convenção. O princípio fundamental é o da autonomia das partes e a liberdade contratual, como se depreende do artigo 6^{o42}, que garante às partes de uma relação contratual excluir a aplicação da Convenção ou mesmo derrogar ou modificar os efeitos de qualquer um de seus dispositivos, exceção feita tão-somente ao Artigo 12, por se referir a matéria de ordem pública do país signatário.

Esta permissão também é reforçada individualmente em vários outros dispositivos, que contemplam expressões como “Salvo acordo em contrário” (cf., p. ex., artigos 9 e 35) ou “simples acordo entre as partes” (cf. artigo 29), ou que de alguma forma estabelecem o contrato como fonte primária das obrigações das partes, fornecendo uma regra subsidiária, em caso de omissão no contrato.

A autonomia da vontade como princípio fundamental da CISG pode ser corroborada, em especial, pela redação do Artigo 8º da CISG, que, ao estabelecer o procedimento de interpretação das condutas e declarações das partes, impõe como regra primeira a observância da intenção da parte que realizou a conduta ou emitiu a declaração, em clara aderência à corrente subjetivista da origem das obrigações, tão conhecida pela expressão “encontro de vontades”. Por fim, a autonomia da vontade exerce, segundo a CISG, papel essencial na formação do contrato, pois sem a intenção de se vincular, não produz efeito a proposta.⁴³

Por conseguinte, à vista do destacado papel conferido à autonomia das partes, conclui-se que a Convenção apenas tem um papel subsidiário, ou seja, apenas fornece soluções para problemas que não são tratados pelas partes.

A Convenção também tem um mecanismo interno para sua interpretação (art. 7), a qual deve ser feita tendo-se em conta “seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”.

⁴² Artigo 6: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

⁴³ Cf. Artigo 14(1) da CISG: “Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los”.

Como se vê, a CISG, atenta ao contexto que culminou no fracasso das convenções anteriores e de forma a alcançar o seu principal objetivo, pautou, em único dispositivo, três princípios basilares, quais sejam: (I) observância de seu caráter internacional, (II) aplicação uniforme de suas regras, e (III) respeito à boa-fé no comércio internacional.

Conforme leciona Di Matteo⁴⁴, o caráter internacional de uma convenção é sua principal característica, na medida em que está intrinsecamente relacionada à própria razão de criação de uma convenção internacional: a padronização de regras acima de qualquer legislação nacional, no intuito de evitar conflito entre as regras de ordenamentos jurídicos diversos.

Franco Ferrari, a exemplo de vários autores, entende que a previsão do artigo 7 significa que não se deve ler a Convenção através das lentes do direito interno, mas sim de forma "autônoma"⁴⁵. No mesmo sentido, Michael Bridge sustenta que a regra exorta os tribunais a evitar preocupações domésticas e, implicitamente, a observar o que outros tribunais estão fazendo, de modo que a interpretação deve ser abordada com um espírito internacionalista⁴⁶.

Apesar dessa disposição, Ferrari recorda que em vista da "necessidade de promover a uniformidade na aplicação [da CIM]", é insuficiente considerar a CISG como um "conjunto de regras"⁴⁷.

A esse respeito, reconhecem Schwenzer e Hachem que não foi ainda alcançado um entendimento uniforme e, por conseguinte, uma interpretação e aplicação uniformes, tal como exigido pelo artigo 7º, nº 1, da CISG, e é óbvio que os tribunais, os tribunais arbitrais e os juristas terão de envidar mais esforços para ver cumprida essa disposição⁴⁸.

Além disso, a CISG claramente expressa a necessidade de se respeitar os costumes e práticas estabelecidas entre as partes ou estabelecidas em uma indústria ou região em particular. A Convenção tem também um mecanismo para a interpretação das declarações feitas pelas partes ou a conduta das partes: uma interpretação subjetiva é preferida e

⁴⁴ DI MATTEO, Larry A. et al. *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*. Cambridge University Press: New York, 2005, p. 8.

⁴⁵ FERRARI, Franco. *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. European Law Publishers, 2005, p. 04.

⁴⁶ BRIDGE, 1999, op. cit., p. 57.

⁴⁷ FERRARI, Franco. CISG Case Law: A new challenge for the interpreters? *Int'l Bus. L.J.* v. 495, 1998a, p. 495.

⁴⁸ SCHWENZER; HACHEM, op. cit., p. 458.

onde a intenção não pode ser determinada, deverá ser usada uma interpretação objetiva, nos termos da previsão do artigo 8º.⁴⁹

A Convenção baseia-se ainda e de modo muito significativo no princípio da conservação dos contratos, segundo o qual as partes não devem rescindir o contrato, mas emendar esforços para conservar o contrato e executá-lo sempre que possível, haja vista que existe na Convenção remédios capazes de facilitar essa conservação.

Por isso que, segundo Kröll, Mistelis e Viscasillas, a CISG espera que as partes contratantes continuem a se comunicar, evitem surpresas e, na medida do possível, informem adequadamente sobre as ações que pretendem tomar, acrescentando ainda que a importância da notificação pode ser demonstrada pelas 25 referências existentes na Convenção (artigos 19, 20, 21, 26, 32, 39, 40, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 67, 71, 72, 79, 88)⁵⁰.

Existem outros princípios gerais expressamente enunciados também. Estes princípios gerais incluem: o princípio da informalidade, estatuído no artigo 11, a partir do qual se extrai que o acordo entre as partes não está sujeito a qualquer formalidade, com exceção da hipótese prevista no artigo 12; o princípio segundo o qual devem ser tidos em conta os usos amplamente conhecidos e largamente observados (cf. artigo 9); o princípio segundo o qual quando uma parte não paga uma quantia em dinheiro, o credor tem direito a juros sobre essa soma, à luz do artigo 78; a regra derivada do direito civil que limita os prejuízos recuperáveis àqueles previstos ou previsíveis antes ou no termo do contrato e o princípio da plena compensação (artigo 74). Outro princípio é aquele de acordo com o qual qualquer notificação ou outro tipo de comunicação feita ou dada após a celebração do contrato torna-se efetiva na expedição, nos termos do artigo 27.

A maioria dos princípios gerais da CISG não foi expressamente previsto. Portanto, muitos dos princípios gerais devem ser deduzidos das

⁴⁹ Cf. Artigo 8 “(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes”.

⁵⁰ KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 08.

disposições da CISG por meio de análise dos seus conteúdos. Isso levou à extração de vários princípios. Um princípio geral é o princípio da razoabilidade, onde as partes devem conduzir-se de acordo com o padrão da pessoa razoável.

Há exemplos práticos que evidenciam que os princípios presentes na Convenção de Viena, longe de serem meros vetores ideológicos de remota densidade normativa, possuem aplicação concreta e podem direcionar o desfecho de controvérsias. Cordeiro Neto, Radael e Lopes narram, em artigo voltado à análise das vantagens e desvantagens da ratificação do Brasil à CISG, construção interpretativa do Instituto de Arbitragem da Holanda em que houve respaldo nos preceitos da CISG, em reverência ao artigo 7º da Convenção. Passa-se a transcrever o caso:

Outro bom exemplo do amadurecimento da aplicação da CISG ao longo dos anos, bem como da observância dos preceitos interpretativos do Artigo 7º é a Sentença Arbitral 2319, do Instituto de Arbitragem da Holanda, em que vendedores holandeses e um comprador inglês conflitaram sobre a conformidade, ou não, do petróleo entregue, em razão de sua alta concentração de mercúrio. Tal precedente tem sido referenciado como *leading case*, pois apresentou, de forma muito bem fundamentada, uma interpretação construída sobre os preceitos da CISG, a doutrina internacional e diversos precedentes, em relação à questão do Artigo 35(2)(a) – i.e. a garantia contratual implícita do vendedor de que a mercadoria entregue ao comprador se apresenta conforme ao seu uso ordinário. O chamado uso ordinário do produto foi, e ainda é, tratado por muitos juristas do sistema *common law* como “garantia de *merchantability*”; ao passo que, no sistema *civil law*, a associação do conceito de uso ordinário é feita à reconhecida “qualidade média”. A grande contribuição do caso 2319, acima referido, foi demonstrar que, ao dispor sobre a garantia de conformidade da mercadoria ao uso normalmente atribuído a produtos com a mesma descrição, pretendeu a Convenção se valer de um conceito autônomo, fincado em seus próprios princípios, sobre a qualidade da mercadoria. Dessa forma, o Tribunal concluiu que o critério a ser utilizado para se apurar a conformidade da

mercadoria nos termos do Artigo 35(2)(a) é o da “qualidade razoável”, afastando-se tanto o critério da “*merchantability*” como o da “qualidade média”, por não refletirem os objetivos da Convenção. Assim, sendo o princípio da razoabilidade intensamente presente na CISG e também nas transações internacionais, a decisão em análise aplicou questões específicas do caso, como o preço e a natureza do contrato, que era de longa duração, para determinar a qualidade razoavelmente esperada pelo comprador no caso concreto e decidir pela não-conformidade do petróleo com alta concentração de mercúrio.⁵¹

Destarte, conclui-se que uma base principiológica sólida e eficaz é imprescindível para o êxito da Convenção da Viena, na medida em que auxilia na interpretação das normas e mantém firmes os propósitos da CISG.

2.2 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NA CISG

Objeto da Convenção, o contrato de compra e venda de mercadorias, como visto anteriormente, foi dissecado no corpo desse instrumento internacional. A CISG trata de obrigações comuns e específicas do vendedor e do comprador, conferindo especial ênfase à situação de inadimplemento contratual, tópico que se mostra muito sensível nas relações comerciais internacionais. Isso porque, tanto quanto for bem delineada a disciplina do inadimplemento, maior será a confiabilidade dos países integrantes em se submeter ao regramento da Convenção em razão da diminuição dos riscos e, consequentemente, do custo e tempo despendido para a consecução desse contrato.

A delicadeza do tema deriva do fato de que está se tratando de relações encetadas por países com diferentes sistemas legais e que tratam, no âmbito doméstico, a violação do contrato de diversas maneiras, de modo que não se almejou harmonizar todas as previsões existentes – o que, aliás, seria impossível – mas uniformizar num corpo de normas

⁵¹ CORDEIRO NETO, Alberto de Campos; RADAEL, Gisely Moura; LOPES, Luiz Felipe Calábria. *O Brasil e a ratificação da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG): vantagens e desvantagens*. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/O_BRASIL_E_A_RA_TIFICACAO_DA_CISG.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2017.

institutos reputados mais condizentes para as peculiaridades e desafios do contrato internacional, com vistas sempre à segurança e à estabilidade dessa relação.

Dentre tantas previsões, o objeto do presente estudo dá enfoque ao instituto, consagrado na *common law*, que prevê que, em caso de violação contratual, a parte agravada deve mitigar o próprio prejuízo, o qual é denominado nesse sistema como “*duty to mitigate the loss*”. Antes de adentrar ao regramento desse instituto pela Convenção de Viena, importa se debruçar sobre sua origem na *common law*.

Nos Estados Unidos, Goetz e Scott⁵² definiram o *duty to mitigate the loss* como “um princípio universalmente aceito no campo contratual que exige que cada parte empreenda esforços razoáveis para minimizar perdas, sempre que circunstâncias impeçam a concretização dos objetivos contratuais”⁵³.

À vista da própria tradição da *common law* o instituto consagrou-se com base em um *leading case*.

Na espécie, o *leading case*, datado de 1912, envolvia *Underground Co.*, demandante, e *British Westinghouse*, demandada. As partes celebraram contrato de compra e venda de oito turbinas a vapor destinadas à geração de energia para o que atualmente são as linhas *Circle* e *District* do metrô de Londres. As especificações técnicas das turbinas, embora devidamente indicadas no contrato, não foram atendidas, notadamente a principal delas, relacionada à eficiência do equipamento. A própria *British Westinghouse* realizou testes e verificou ser necessário mais carvão do que o contrato estabelecia para que fosse gerada a quantidade de energia avençada. Posteriormente, *Underground Co.* adquiriu turbinas mais eficientes do que aquelas fornecidas pela *British Westinghouse* e demandou pelo recebimento de indenização pelas perdas verificadas.

A *House of Lords*, ao fim de um longo procedimento entendeu que, na avaliação dos prejuízos, era necessário que fossem computados os ganhos aferidos por decorrência das providências adotadas pelo demandante no sentido de reduzir as consequências da quebra do contrato. Computados os ganhos, nenhum prejuízo restou apurado:

⁵² GOETZ, C. J.; SCOTT, R. E. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, p. 967-1024, 1983.

⁵³ No original: “a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives”.

[...] tanto quanto possível, aquele que prova uma violação ao dever de fornecer aquilo que foi contratado deve ser colocado, tanto quanto o dinheiro pode assegurar, em situação tão boa quanto estaria caso o contrato tivesse sido honrado. A base fundamental é portanto compensação pela perda pecuniária que decorre naturalmente da quebra; mas este princípio é qualificado por um segundo, que impõe ao demandante o dever de adotar todas as providências razoáveis no sentido de mitigar a perda decorrente da quebra, e o impede de pleitear o ressarcimento de qualquer dano devido em razão de sua negligência na adoção destas providências.⁵⁴

Bridge subdivide a *mitigation doctrine* em três regras: (a) o demandante, vítima de uma violação contratual ou extracontratual, não poderá responsabilizar a parte contrária pelos prejuízos que poderia ter evitado pela adoção de medidas razoáveis; (b) as despesas incorridas pelo demandante, seja na tentativa de mitigar os prejuízos, seja na efetiva mitigação dos prejuízos, são passíveis de reembolso, desde que razoáveis; (c) a indenização pedida pelo demandante será ajustada de modo a computar os prejuízos mitigados decorrentes das razoáveis medidas⁵⁵.

Importante ressaltar que o *duty to mitigate the loss* é considerado um princípio fundamental da *lex mercatoria* e também um dos princípios mais aplicados nas arbitragens internacionais. O princípio da mitigação tornou-se “um dos pilares do processo de reparação de danos nas arbitragens internacionais comerciais”⁵⁶. A jurisprudência arbitral é a

⁵⁴ No original: “...as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed. The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps”.

⁵⁵ BRIDGE, Michael. Mitigation of Damages in contract and the meaning of avoidable loss. *Law Quarterly Review*, p. 398-423, 1989, p. 389.

⁵⁶ ORTSCHIEDT, Jérôme. *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 2001, p. 189. No original: “un des piliers du processus de réparation du dommage dans l'arbitrage comercial

principal responsável pela recepção do princípio da mitigação de danos no direito do comércio internacional.⁵⁷

As primeiras sentenças arbitrais a reconhecer e aplicar o princípio da mitigação de danos, pelo que se tem registro, foram proferidas na década de 1970. A sentença CCI n. 2103⁵⁸, de 1972, é a mais antiga delas. Nesse caso, o árbitro único, tendo como fundamento regras e práticas geralmente aceitas em assuntos comerciais e, mais especificamente, em relações comerciais internacionais, decidiu reduzir a indenização devida ao credor inadimplido por não ter procurado celebrar novos contratos a fim de compensar o dano causado pela inexecução do contrato original.⁵⁹

Desde então, o princípio evolui de tal forma no direito do comércio internacional que se consagrou como um princípio autônomo, pois é aplicado na jurisprudência arbitral sem referência a um sistema jurídico doméstico.⁶⁰ Para justificar a aplicação do princípio, os árbitros geralmente recorrem aos usos e costumes⁶¹, na própria jurisprudência arbitral⁶² ou nos princípios gerais de direito. Ressalta-se, por oportuno, que na jurisprudência arbitral, o princípio da mitigação é concebido como uma obrigação imposta ao credor inadimplido.⁶³

Nesse contexto, o Comitê, inspirado no instituto consagrado na *common law* e na bem-sucedida utilização desse instituto nas arbitragens internacionais e, ainda, levando em consideração que a ideia possivelmente não representa afronta à ordem jurídica de nenhum país, dispôs na Convenção de Viena de instrumento que se amolda ao *duty to mitigate the loss*, tipificado no artigo 77 da Convenção, nesses termos:

international". No mesmo sentido: OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris: LGDJ, 1992, p. 183.

⁵⁷ DERAINS, Yves. L'Obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitral. *Revue de droit et affaires internationales*, 1987, p. 380.

⁵⁸ CCI, caso n. 2103, j. 1972, in JDI, 1974, p. 902.

⁵⁹ ORTSCHIEDT, op. cit., p. 113.

⁶⁰ HANOTIAU, B. Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *International Business Law Journal*, n. 393, 1987, p. 395.

⁶¹ TAOK, Mireille. *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Paris: Bruylant, 2009, p. 206.

⁶² DERAINS, op. cit., p. 376.

⁶³ Ibid.; KAHN, Philippe. Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international. *JDI*, v. 116, n. 2, 1989, p. 321-322; OSMAN, op. cit., p. 183-186. GOLDMAN, B. La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives. *JDI*, 1979, p. 475

A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.⁶⁴

O mencionado artigo da Convenção é análogo ao artigo 88 da ULIS, segundo o qual “a parte que invoca a violação do contrato deve adotar todas as medidas razoáveis para limitar a perda resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos”⁶⁵.

Os dois são muito similares, todavia, é fácil ver que o artigo da Convenção acrescentou normas ao texto da ULIS a fim de esclarecer que a perda que pode ser mitigada inclui o lucro cessante e que o montante de redução da indenização corresponderá àquele da perda que poderia ter sido mitigada.

Do teor dessa disposição, é possível afirmar que a norma nela contida, de fato, parece se amoldar ao *duty to mitigate the loss* da *common law*. Todavia, em que pese adotarmos essa terminologia no presente trabalho, é preciso ter em mente que, acima de denominações e adoções de institutos emoldurados em outra legislação, deve o estudo da Convenção estar centrado no tratamento da situação em que o credor pode reduzir o próprio prejuízo e eventuais consequências.

É esse, pois, o melhor intelecto da lição de John Honnold, segundo o qual “o princípio que a parte tem de mitigar perda que pode ser razoavelmente evitada é geralmente reconhecido, mas é expresso de diferentes maneiras e é aplicado em diferentes graus de ênfase”⁶⁶.

⁶⁴ No original: “A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated”.

⁶⁵ No original: “The party who relies on a breach of a contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages”.

Prossegue o professor Honnold na análise desse instituto em outros sistemas⁶⁷:

Muitos códigos não falam explicitamente de um “dever” de “mitigar” a perda. Em vez disso, a linguagem legal que uma parte é responsável pelos danos que “provoca”, muitas vezes fornece uma base para a conclusão de que parte dos danos foi causada pelo credor, em vez da parte que causou a quebra contratual. Da mesma forma, alguns sistemas legais limitam a recuperação do credor com base em princípios semelhantes ao que outros sistemas jurídicos chamam *contributory negligence* — ex., a doutrina francesa da *faute de la victime* (tradução nossa)⁶⁸

Assim, o princípio de mitigação, nos moldes do art. 77 da Convenção de Viena, visa impedir uma conduta passiva da parte lesada quando lhe é possível tomar medidas razoáveis que diminuam os seus prejuízos. A parte é, portanto, obrigada a tomar medidas preventivas e/ou reparatórias dentro de uma esfera de razoabilidade⁶⁹. O dever de mitigar o prejuízo inclui tanto os danos emergentes (*damnum emergens*) como os lucros cessantes (*lucrum cessans*).

Segundo Knapp, o artigo 77 enuncia o que ele denomina de princípio da prevenção (*prevention principle*)⁷⁰ aplicado em diversos

⁶⁷ HONNOLD, 1999, op. cit., p. 416. Como exemplo de sistemas legais que possuem norma nesse sentido: Alemanha: § 254 BGB § 1304, Austria ABGB, Art. 44(1) Swiss OR em conjunto com o Art. 99.3 OR, Art. 1227 Código Civil Italiano, art. 404 (1) do Código Civil Russo, Artigo 1475 do Código Civil de Québec, Artigo 13 (6) da UNIDROIT Convenção de Leasing Internacional, Artigo 119 Chinese CL, Artigo 1802 do Código Civil da Etiópia.

⁶⁸ No original: “Many codes do not explicitly speak of a “duty” to “mitigate” loss. Instead, statutory language that a party is responsible for then damage it “causes” often provides a basis for concluding that some of the damage was caused by the plaintiff rather than the party in breach. Similarly, some systems limit the plaintiff’s recovery by principles akin to what other legal systems call contributory negligence – e.g., the French doctrine of *faute de la victime*”.

⁶⁹ KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 559-567.

⁷⁰ Frisa-se que o princípio da prevenção aqui mencionado não guarda relação com aquele previsto pelo Direito Ambiental, cuja disciplina encontra-se no artigo 225 da Constituição Federal, segundo o qual é dever da coletividade e do Poder

sistemas legais, segundo o qual uma parte ameaçada por uma perda decorrente de um inadimplemento contratual incorrido pela outra parte não tem a permissão de esperar passivamente pela ocorrência ou aumento do dano, para então ingressar com a ação indenizatória.⁷¹

Deve-se esclarecer, de antemão, que o artigo 77 da CISG aparece na Seção II, que trata da indenização (*Damages*), sendo certo que este artigo será aplicável apenas quando a parte buscar eventual indenização por descumprimento contratual, e não quando se busca outros remédios disponíveis, como o cumprimento específico da obrigação ou a rescisão do contrato, segundo a opinião que prevalece na doutrina internacional.

Mas o que justifica a necessidade de limitação dos prejuízos?

Djakhongir Saidov, em resposta a essa indagação, articula raciocínio amparado em duas justificativas. Em primeiro lugar, argumentou que é necessário limitar os danos porque em alguns casos, as perdas podem ser inesperadamente altas e não é justo para a parte inadimplente responsabilizar-se por tais perdas. O argumento é calcado na premissa de que uma adesão implacável ao princípio da compensação integral pode resultar na responsabilidade da parte inadimplente por todas as perdas resultantes da violação, por mais improváveis ou imprevisíveis que sejam tais perdas. O risco de responsabilidade "incomum" e "imprevisível" é tanto mais real nas transações comerciais nas quais "a oferta de oportunidades de ganho pode ter um efeito de bola de neve: as oportunidades criam novas oportunidades".

Em segundo lugar, a ideia de limitar os prejuízos foi apresentada no contexto de perdas desproporcionais em relação ao montante da vantagem recebida pelo descumprimento dos termos do contrato. Neste caso, a necessidade de limitar os danos pode ser explicada por “um impulso de preservar uma certa proporção entre a responsabilidade imputada ao demandado e a indenização que lhe foi paga nos termos do contrato”⁷².

Superado esse aspecto, se um dos princípios vetores da CISG é a razoabilidade, o artigo 77 da Convenção exige que tanto o credor como o devedor atinjam o desafio de ser razoável durante uma situação considerada difícil, a saber, quando ele já está, ou, está prestes a perder

Público defender e preservar o meio ambiente, de forma que, deve-se manter seu equilíbrio.

⁷¹ KNAPP, op. cit., p. 559-560.

⁷² SAIDOV, op. cit., p. 36.

dinheiro em virtude de um comportamento da parte contrária, em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias.⁷³

É bem verdade que a adoção da expressão “medidas razoáveis” abre espaço para discussão à vista do caráter subjetivo do conceito de razoável, o qual é agravado em razão dos diversos sistemas jurídicos que adotam esse preceito.

Nesse ponto, Bruno Zeller ressalta a desnecessidade de estudos que busquem o entendimento do que seriam as condutas razoáveis com base na CISG. Segundo o autor, por mais que o termo provoque uma margem de interpretação ampla, o estudo jurisprudencial aponta que os Tribunais, ao analisarem os casos concretos, aplicam as medidas de mitigação de forma objetiva, defendendo, assim, a suficiência de uma concepção casuística do termo⁷⁴.

De fato, o referido autor tem razão ao sustentar que a análise da razoabilidade de condutas deve ser conduzida de maneira casuística, de modo que se mostra inviável qualquer tentativa de padronização e/ou engessamento do conceito de medidas de mitigação razoáveis. Por outro lado, muitas são as doutrinas que buscam esclarecer o conceito de razoabilidade nesse aspecto a fim de traçar linhas de base para a análise do caso concreto.

Nesse passo, atenta ao caráter amplo da ideia de razoabilidade, Ingeborg Schwenzer estabeleceu precisas balizas para o exame desse elemento:

Para se determinar quais medidas são razoáveis, deve-se primeiramente, levar em consideração as práticas entre as partes, bem como os usos do comércio internacional (art. 9). Em todos os outros aspectos, o ponto de referência é a conduta de uma pessoa razoável, na mesma posição e sob as mesmas circunstâncias da parte lesada (art. 8 (2)). O promissário não está obrigado a tomar medidas

⁷³ OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁷⁴ ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses i (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

envolvendo custos extraordinários e desproporcionalmente elevados⁷⁵.

John Gotanda, a exemplo de outros autores, relaciona a ideia de razoabilidade, que deve permear a medida de mitigação, com a boa-fé objetiva. Em sua doutrina, o autor expõe que, em geral, "uma medida para reduzir os danos é razoável, se pudesse ser esperada como uma boa conduta [boa fé] de uma pessoa razoável na posição do requerente nas mesmas circunstâncias, incluindo negociações, quaisquer práticas que as partes estabeleceram entre si, usos e qualquer conduta subsequente das partes"⁷⁶.

No mesmo sentido, Robert Summers e Robert Hillman ressaltam que a parte não-inadimplente "precisa apenas realizar alguns passos razoáveis para minimizar suas perdas; ela não deve se expor, de forma desarrazoada, a riscos, humilhação e despesas"⁷⁷.

A medida da razoabilidade está presente, não só quanto às atitudes tomadas no intuito de mitigação, como também no tempo em que se espera ser mitigado um dano e mesmo na quantia gasta nessa mitigação (intensidade da ação).⁷⁸

Ainda nesse aspecto, ao reforçarem que as medidas exigidas não devem envidar esforços excepcionais, Fritz Enderlein e Dietrich Maskow sustentam que essas podem incluir, por exemplo, a possibilidade de o próprio comprador reparar os bens defeituosos a ele entregues⁷⁹.

Em estudo aprofundado das chamadas "medidas razoáveis" de mitigação, Djakhongir Saidov⁸⁰ expõe que, no contexto de transações internacionais, a transação substituta é a típica medida de mitigação dos prejuízos, acrescentando que, para que uma transação de substituição seja razoável, deve ter sido realizada de forma que seja suscetível de fazer com que a revenda seja efetuada ao preço mais elevado razoavelmente possível nas circunstâncias ou uma nova compra ao preço mais baixo

⁷⁵ SCHWENZER, op. cit., p. 1152.

⁷⁶ GOTANDA, John apud KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 1.037.

⁷⁷ SUMMERS, Robert S.; HILLMAN, Robert A. *Contract and related obligation: Theory, doctrine and practice*. Minessota: West Publishing Co., 2006, p. 292.

⁷⁸ Excerpt from HONNOLD, 1999, op. cit., p. 456-464. Reproduced with permission of the publisher, Kluwer Law International, The Hague.

⁷⁹ ENDERLEIN; MASKOW, op. cit., p. 308.

⁸⁰ SAIDOV, op. cit., p. 133.

razoavelmente possível⁸¹. Ao final, conclui que uma verdadeira transação substituta deve ser feita em termos semelhantes aos do contrato original.

Apesar dessas balizas, é na prática que será constatado se a transação substituta foi (ou não) razoável, com observâncias das particularidades do caso concreto. Ou seja, é difícil estabelecer um *standart* de razoabilidade quando a mitigação do prejuízo importar a celebração de novo contrato.

Refletindo sobre a complexidade dessa análise, em especial da razoabilidade, John Gotanda exemplifica dois casos da Corte de Hamburgo em que, no primeiro, houve o reconhecimento da adoção de medidas de mitigação e, no segundo, houve a redução da indenização por não ter sido aceita a medida adotada pela parte lesada.⁸²

No primeiro caso, em julgamento de 28 de fevereiro de 1997, a Corte entendeu que a compra substitutiva realizada por um comprador lesado no valor de três vezes o valor original do contrato consistia em medida razoável, haja vista que o montante pago estava dentro do preço de mercado e o fato de que o comprador teve apenas duas semanas após o aviso do inadimplemento do vendedor para decidir se queria realizar uma compra substitutiva a fim de que pudesse cumprir seus contratos com terceiros.

No segundo caso, a decisão do Hof van Beroep Antwerpen, de 24 de Abril de 2006, concluiu pela redução da indenização, uma vez que o vendedor lesado não agiu razoavelmente ao concluir uma revenda das mercadorias. O tribunal determinou que o vendedor prejudicado tinha o direito de realizar uma venda substitutiva após a violação do contrato pelo comprador. Ocorre que, embora obrigado a realizar a revenda dentro de um curto período, o vendedor não cumpriu seu dever de mitigar os danos esperando em torno de seis meses para efetivá-la. O tribunal decidiu que a revenda deveria ter ocorrido dentro de um prazo razoável de três meses, razão pela qual o vendedor não poderia recuperar os custos incorridos após esse período.

Cumpra ainda trazer, mesmo que brevemente, outros entendimentos expendidos pelos Tribunais em torno da concepção de

⁸¹ “*For a substitute transaction to be reasonable ‘it must have been made in such a manner as is likely to cause a resale to have been made at the highest price reasonably possible in the circumstances or a cover purchase at the lowest price reasonably possible’*”.

⁸² GOTANDA, John apud KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 1.038-1.039.

razoabilidade das medidas tomadas pelos compradores⁸³. Nesse sentido, foram consideradas razoáveis as seguintes medidas: pagar para outro fornecedor expedir a entrega de compressores que já haviam sido requisitados para substituí-los por compressores defeituosos;⁸⁴ contratar um terceiro fornecedor por conta da impossibilidade da parte inadimplente do contrato de entregar moldes em tempo⁸⁵; contratar um terceiro para tratar mercadorias de couro quando o vendedor se recusar a devolver as máquinas utilizadas para este fim, que foram vendidas ao comprador e se encontravam em posse do vendedor para adaptações⁸⁶ e utilizar os próprios estoques de carvão do comprador quando o vendedor atrasava as entregas⁸⁷.

Por outro lado, o cumprimento forçado do contrato não é reputado medida mitigadora razoável nos termos da CISG. A questão foi enfrentada na elaboração do tratado e rejeitada por 24 (vinte e quatro) votos contra 8 (oito).

Como dito anteriormente, a exigência de que a parte inocente tome todas as medidas razoáveis para mitigar a sua perda pode ser justificada por vários motivos. Nesse particular, costuma-se dizer que promove a eficiência econômica e evita o desperdício de recursos na sociedade, uma vez que são limitados.

Parece, portanto, que o argumento do desperdício econômico pode, em geral, justificar a existência da regra de mitigação. No entanto, Djakhongir Saidov⁸⁸ alerta que há pelo menos dois fatores que podem dificultar a capacidade da regra de promover a eficiência. Um dos fatores refere-se à repartição do ônus da prova e à medida em que um órgão jurisdicional, encarregado de um litígio, aplicará a regra. Outro fator se relaciona com o funcionamento da própria regra de mitigação: a exigência

⁸³ Dados extraídos da data-base da CISG. CISG. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-77.html>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

⁸⁴ [ESTADOS UNIDOS Federal District Court, Northern District of New York, 9 September 1994 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)];, [ESTADOS UNIDOS Federal Court of Appeals for the Second Circuit 6 December 1995 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)].

⁸⁵ [CANADA Ontario Court of Appeal 26 January 2000 (Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.)].

⁸⁶ [ALEMANHA Oberlandesgericht Köln 8 January 1997 (Tannery machines case)].

⁸⁷ [ICC International Court of Arbitration, Award 8740 of October 1996 (Russian coal case)].

⁸⁸ SAIDOV, op. cit., p. 127.

de razoabilidade, construída na regra, pode levar à situação em que ações que pareciam razoáveis no momento da mitigação poderiam de fato resultar em uma completa falha na mitigação da perda e/ou em custos inesperadamente elevados.⁸⁹

É bem verdade que a parte lesada, ao adotar as medidas razoáveis de mitigação do dano, poderá vir a ter despesas, “tais como custos decorrentes de encontrar e concluir uma operação substitutiva, conserto de defeitos, tentativa de devolver as mercadorias e etc.”⁹⁰ De acordo com a CISG, essas despesas podem ser consideradas perdas tais como aquelas provenientes da violação do contrato.

Knapp acrescenta que o credor poderá requerer a compensação dos valores despendidos na tentativa de mitigar o dano mesmo se as medidas não surtam efeito, ou seja, mesmo que não venham a efetivamente mitigar o prejuízo, desde que tenham sido razoáveis dentro das circunstâncias do caso⁹¹. O entendimento é ora baseado na aplicação do Artigo 74 da CISG, ora baseado na aplicação supletiva do Artigo 7.4.8 dos chamados *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*.

Quanto ao momento de incidência, verifica-se que o instituto do *duty to mitigate the loss* não se impõe somente após a ocorrência do dano ao credor, mas também antes desse momento. A propósito, elucida Ingeborg Schwenzer que o entendimento majoritário “sinaliza no sentido de um dever geral de mitigar os prejuízos ainda antes da inexecução do contrato, quando existe um sério risco de descumprimento contratual”, lembrando, nesse caso, da hipótese do inadimplemento antecipado previsto no artigo 72 da Convenção⁹².

O dever de mitigar as próprias perdas seria devido tanto quando a parte contrária já inadimpliu sua obrigação contratual, ou mesmo quando a execução da prestação pela outra parte ainda não é devida no tempo,

⁸⁹ “It would thus seem that the economic waste argument can generally justify the existence of the mitigation rule. There are, however, at least two factors which can hamper the rule’s ability to promote efficiency. One factor relates to the allocation of burden of proof and the extent to which a court or tribunal, seized of a dispute, will enforce the rule. Another factor relates to the operation of the mitigation rule itself: the requirement of reasonableness, built in the rule, may lead to the situation where actions which seemed reasonable at the time of mitigation might in fact result in a complete failure to mitigate the loss and/or in unexpectedly high costs”.

⁹⁰ SAIDOV, op. cit., p. 146.

⁹¹ KNAPP, op. cit., p. 561.

⁹² SCHWENZER, op. cit., p. 1150.

mas o credor já tem fortes motivos para acreditar que haverá uma quebra contratual futura.

Nesse sentido, John Honnold adverte que, se é claro que uma parte vai cometer uma violação fundamental do contrato, a outra parte não pode esperar o vencimento do contrato para tomar as medidas para reduzir o seu prejuízo⁹³.

Toda essa construção evidencia a forte densidade atribuída ao princípio da prevenção, na medida em que as partes não devem celebrar o contrato e permanecerem inertes quanto ao seu cumprimento. É dizer, devem não apenas buscar cumprir fielmente o disposto no contrato, como também manter-se alerta quanto ao cumprimento da outra parte, não tardando para adotar medidas de mitigação do prejuízo quando sinalizado que haverá o descumprimento.

Nesse ponto, poder-se-ia questionar a partir de qual momento estaria a parte autorizada a adotar medidas de mitigação, ou seja, quando efetivamente a parte pode entender que haverá o descumprimento. É certo que muitas vezes o futuro descumprimento será noticiado pela própria parte violadora do contrato, todavia, haverá situações que tal não ocorrerá e isso exigirá ainda mais cautela na análise do *duty to mitigate the loss*.

É importante que se mencione, conforme Jeffrey S. Sutton, que a falha em mitigar as próprias perdas pela parte lesada não elimina o seu direito à indenização pelas perdas e danos, pois, afinal, a outra parte descumpriu com o que havia sido pactuado no contrato, mas acarreta a diminuição no montante, no valor a ser indenizado.⁹⁴

Cabe aqui o registro de que o tema relacionado à consequência do descumprimento do dever de mitigar o prejuízo foi debatido à exaustão nas sessões em Viena, tendo, inclusive, a delegação norte-americana sugerido uma emenda ao artigo 77 para que também se aplicasse a outras ações (*remedies*) do credor diante do inadimplemento e não apenas ao pedido indenizatório. Essa proposta era voltada especialmente à hipótese de quebra antecipada do contrato e à execução específica da obrigação inadimplida. A intenção dos Estados Unidos de expandir o escopo de aplicação da mitigação de danos está em linha com o entendimento prevalecente naquele sistema de que o credor inadimplido deve evitar custos por meio da interrupção de sua prestação nos casos de repúdio antecipado do contrato pelo devedor (*anticipatory repudiation*).

⁹³ HONNOLD, 1989, op. cit., p. 451.

⁹⁴ SUTTON, Jeffrey S. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Ohio State Law Journal*, v. 50, p. 737-752, 1989.

Os representantes dos EUA mencionaram o seguinte exemplo para fundamentar seu pedido. Um comprador, logo após realizar o pedido de compra de determinadas mercadorias, percebe que não poderá utilizá-las para o objeto do contrato. Em seguida, informa essa impossibilidade ao vendedor e pede que ele suspenda a produção dos bens, propondo-se a pagar eventuais danos daí decorrentes. Contudo, o vendedor ignora o pedido do comprador e produz as mercadorias, utilizando-se de matéria-prima e trabalho para tanto. Logo após o termo fixado no contrato para entrega de bens, o vendedor exige a execução específica da obrigação do comprador – pagamento do preço. De acordo com a redação original do artigo 77, o vendedor teria direito a todo o preço fixado em contrato, porque o princípio da mitigação não teria aplicação nesse caso.

Com base nesse exemplo, a delegação dos Estados Unidos pretendia inserir, ao final do artigo 77, a seguinte expressão “*the party in breach may claim [...] a corresponding modification ou adjustment of any other remedy*”.⁹⁵ Essa emenda garantiria a aplicação do *duty to mitigate* a outros remédios contratuais do credor, além do pedido de reparação. Dessa forma, retornando ao caso hipotético, o vendedor inadimplido que não interrompesse sua produção não poderia exigir a execução específica da obrigação de pagar pelo comprador, do mesmo modo que não poderia requerer a reparação dos danos que poderia ter razoavelmente evitado.

Todavia, na 31ª reunião do Primeiro Comitê, realizada durante a Convenção de Viena, em 31.03.1980, a proposta dos Estados Unidos foi rejeitada por 24 votos a 8. Com relação aos países que se manifestaram durante a discussão da proposta, Reino Unido e Austrália posicionaram-se a favor, e Alemanha, Irlanda, Canadá, Suécia, México, Argentina, Holanda e Dinamarca foram contrários à emenda.⁹⁶

Assim, a consequência para a não adoção de medidas de mitigação é a redução da indenização tão somente, de modo que a inércia do credor não poderá acarretar, por exemplo, o direito à redução do preço⁹⁷.

Quanto à natureza jurídica do instituto, destaca-se que, de acordo com o comentário do Secretariado da UNCITRAL ao artigo 73 da NY

⁹⁵ Official Records, n. 133. A respeito, WITZ, C. L’obligation de minimiser son propre dommage dans le convention internationales: l’exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale. *Petites Affiches*, v. 232, 2002, p. 51.

⁹⁶ CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE VIENA. *Resumo da Ata das Reuniões do Primeiro Comitê, 30ª Reunião*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting30.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017. Ver também: STOLL, apud SCHLECHTRIEM, 1998, op. cit., p. 585.

⁹⁷ KNAPP, op. cit., p. 561.

Draft Convention (atual artigo 77 da CISG), o dispositivo estabelece um dever do credor inadimplido com relação à parte inadimplente.⁹⁸

Assim, em que pese a Convenção adotar o termo “dever”, a doutrina é pacífica no sentido de que essa disposição, tal como inserida nessa norma, se aproxima da concepção de ônus do credor⁹⁹. Ou seja, ainda que não possa ser objeto de execução específica, seu cumprimento é essencial para a realização do interesse do sujeito onerado, no caso, o credor que pretende ser ressarcido dos danos que lhe foram causados pelo inadimplemento¹⁰⁰.

Acompanhando esse raciocínio, expõem Karl Neumayer e Catherine Ming¹⁰¹:

Ao contrário do que os termos "devem tomar medidas" pode ser entendido, não é uma verdadeira obrigação cuja violação pode levar a pedidos de indenização, mas uma simples “incombance” do lesado cujo descumprimento retira da parte violada o direito do valor dos danos que ele poderia e deveria ter evitado: o devedor, em seguida, tem o

⁹⁸ *Secretariat Commentary on article 73 of the 1978 Draft*: “Article 73 [draft counterpart of CISG article 77] is one of several articles which states a duty owed by the injured party to the party in breach. In this case the duty owed is the obligation of the injured party to take actions to mitigate the harm he will suffer from the breach so as to mitigate the damages he will claim under article 41 (1)(b) or 57 (1)(b) [draft counterpart of CISG article 45(1)(b) or 61(1)(b)]. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount which [by which the loss] should have been mitigated”. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm-77.html>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

⁹⁹ KULESZA, Gustavo Santos. *Mitigação de danos e execução específica: até onde vai o direito do vendedor de exigir o pagamento do preço?* Análise à luz do direito brasileiro. apud SCHWENZER; Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 409.

¹⁰⁰ SAIDOV, op. cit., p. 131.

¹⁰¹ NEUMAYER, Karl H.; MING, Catherine. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Lausanne: CEDIDAC, 1993, p. 507.

direito de reivindicar uma redução proporcional do montante da indenização (tradução nossa).¹⁰²

Assim, o *duty to mitigate the loss* não envolve um dever¹⁰³ e tampouco uma obrigação, na medida em que não existe direito correlato titularizado pela outra parte¹⁰⁴.

Distintamente de um dever, o *mitigation principle* funciona como um mecanismo que limita a indenização¹⁰⁵; é, em realidade, um ônus, na medida em que “o comportamento é livre no sentido de que o onerado só o adota se quer realizar o seu interesse”¹⁰⁶. Dito de outro modo: a vítima não incorre em qualquer responsabilidade por ter deixado de adotar medidas mitigadoras¹⁰⁷, simplesmente perde o direito ao ressarcimento sobre a parte não mitigada.

Todavia, tal posição não é uniforme no direito interno dos países integrantes da família CISG. A título de ilustração, Daniel Pires Novais Dias, em análise à doutrina da professora Véra Maria Jacob de Fradera acerca da natureza jurídica desse instituto no direito estrangeiro, teceu as seguintes considerações:

Segundo Fradera, esta exigência atribuída ao credor de mitigar o próprio prejuízo teve origem no direito anglo-saxão, onde tem natureza de dever e recebe o nome de *duty to mitigate the loss*, e foi assistematicamente recepcionada pelos países de sistema jurídico continental, nos quais recebe qualificações jurídicas diversas: na Alemanha tem natureza de *Obliegenheit*, na Suíça de *incombance* e na França tem-se utilizado este mesmo conceito

¹⁰² No original: “*Contrairement à ce que les termes “doit prendre les mesures” peuvent faire comprendre, il ne s’agit pas d’une véritable obligation dont la violation pourrait donner lieu à des prétentions en dommages-intérêts, mais d’une simple incombance du lésé dont l’absence de respect lui enlève le droit de faire valor la partie du dommage qu’il aurait pu et dû éviter: le débiteur dispose alors du droit de prétendre à une réduction proportionnelle du montant de l’indemnité qu’il doit verser*”.

¹⁰³ FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004a, p. 779.

¹⁰⁴ BRIDGE, 1989, op. cit., p. 400

¹⁰⁵ SCOTT, R. E.; KRAUS, J. *Contract Law and Theory*. Newark: LexisNexis, 2007, p. 113.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 12.

¹⁰⁷ FARNSWORTH, 2004a, op. cit., p. 779.

de *incombance*, embora sem a mesma terminologia. Atualmente, no entanto, a aplicação do dever do credor mitigar o próprio prejuízo tem maior amplitude no campo das convenções internacionais de comércio, com destaque para o art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, pois foi a partir de sua leitura que a Fradera despertou para este tema. Deste panorama, afirma Fradera que, segundo John Honnold, renomado estudioso do direito comercial internacional, “o *duty to mitigate the loss* é geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase”.¹⁰⁸

Nesse aspecto, é importante ainda que seja feita a distinção entre a situação em que a parte não empreende as medidas de mitigação daquela em que a parte agravada contribui para o incremento de seu prejuízo. Saidov apresenta em sua obra exemplo elucidativo dessa situação, o qual evidencia a necessidade de cautela na análise casuística¹⁰⁹:

Outro ponto refere-se à relação entre a regra de mitigação e a situação em que a parte inocente contribui para a sua própria perda, exacerbando essa perda. Suponha que o comprador, consciente dos defeitos da máquina fornecida pelo vendedor, utilize a máquina e aumente a sua perda produzindo bens defeituosos e vendendo-os aos seus clientes. Neste caso, o comprador não contribui para a violação do vendedor (fornecimento de maquinaria defeituosa), mas aumenta a sua perda devido ao seu próprio comportamento irrazoável. A questão é saber se a recusa de indenização pelo prejuízo assim provocado deve basear-se na incapacidade do comprador de evitar a sua perda (mitigação) ou na falta de nexo casual entre a violação do

¹⁰⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*, n. 45, jan.-mar. 2011, p. 90.

¹⁰⁹ SAIDOV, op. cit., p. 131.

vendedor e a perda (causalidade).¹¹⁰ (tradução nossa)

Ao contrário da UPICC e da PECL, a CISG não contém um dispositivo que responda a essa questão, mas o mesmo resultado pode ser alcançado pelos conteúdos dos princípios da causalidade (artigo 74) e/ou da mitigação (artigo 77) ou ambos¹¹¹.

Superado esse ponto, o artigo da convenção é bastante claro quanto ao montante que deverá ser reduzido da indenização em caso de descumprimento do *duty to mitigate the loss*. A redução será igual ao montante que poderia ter sido mitigado se a parte agravada tivesse adotado medidas razoáveis para evitar ou reduzir o prejuízo.

Para realização do cálculo dessa redução, acertada a esquematização proposta por Knapp¹¹², alinhavadas nas seguintes operações: (a) em primeiro lugar, a indenização integral é calculada de acordo com as regras do artigo 74 ou, se for o caso, dos artigos 75 ou 76; (b) então, o montante pelo qual a perda deve ter sido mitigado é estabelecido, e (c) este último é deduzido da primeira¹¹³.

Para melhor visualizar o cálculo da indenização no caso de violação do contrato e adoção de medida mitigação do prejuízo no qual a parte violada incorre em nova despesa para operacionalizar referida

¹¹⁰ No original: “Another point relates to the relationship between the mitigation rule and the situation where the innocent party contributes to its own loss by exacerbating that loss. Suppose that the buyer who is aware of the defects in the machinery supplied by the seller uses the machinery and increases its loss by producing defective goods and selling them to its customers. In this case, the buyer does not contribute to the seller’s breach (supply of defective machinery) but increases its loss due to its own unreasonable behaviour. The question is whether a denial of damages for the loss thus arisen should be based on the buyer’s failure to avoid its loss (mitigation) or on the lack of casual link between the seller’s breach and the loss (causation)”.

¹¹¹ SAIDOV, op. cit., p. 131.

¹¹² KNAPP, op. cit., p. 562.

¹¹³ No original: “Thus, the amount the party in breach owes to the injured party when the latter failed to mitigate the loss under Article 77 is calculated as follows: (a) first, full damages are calculated according to the rules given in Article 74 or as the case may be, in Articles 75 or 76; (b) then, the amount by which the loss should have been mitigated is established, and (c) the latter is deducted from the former”.

medida, o referido autor formulou ilustrativo exemplo, o qual passa-se a discorrer¹¹⁴.

Suponha que o Comprador encomendou mercadorias no valor de 20.000 para ser entregue em 1º de julho. Em 1º de fevereiro ele informou o Vendedor que ele seria incapaz de usar as mercadorias encomendadas e que, portanto, não iria receber a entrega. O Vendedor, à vista da violação antecipada do contrato e valendo-se do artigo 72, revendeu os bens por um preço razoável de 18.000. Nesta venda substitutiva, o Vendedor pagou 1.000 em custos de corretagem. O cálculo dos danos que ele pode alegar é o seguinte:

| | |
|--------------------|--------|
| Valor do contrato: | 20,000 |
| Corretagem: | 1,000 |
| Total: | 21,000 |
| Preço de revenda: | 18,000 |
| Prejuízo: | 3,000 |

Como se vê, o prejuízo efetivamente sofrido pelo vendedor consistiu em 3.000, na medida em que foi acrescentado ao valor de indenização o montante por ele despedido para adoção da medida de mitigação, no caso, para a revenda das mercadorias.

Por fim, questão interessante diz respeito ao ônus da prova quanto ao cumprimento do *duty to mitigate the loss*.

A maioria da doutrina aponta que a parte inadimplente tem o dever de provar que a parte lesada falhou em preencher a sua obrigação de mitigar as próprias perdas, como também em relação à prova da razoabilidade, ou não, das despesas incorridas pela última ao buscar mitigar os danos.

A respeito, Bernardini sustenta que o ônus de provar que a parte reclamante da indenização não tomou as medidas mais razoáveis para limitar ou não agravar as consequências danosas do inadimplemento recai sobre o autor do dano¹¹⁵.

Nesse aspecto, acrescenta Saidov¹¹⁶ que o ônus também pode ser interpretado no sentido de exigir que a parte inadimplente se refira a

¹¹⁴ KNAPP, op. cit., p. 561.

¹¹⁵ BERNARDINI, Alessandra. La Compravendita mobiliare e il dovere di limitare il danno alla luce dell'art. 1227, comma 2º, C. C. e della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. *Rivista Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3-4, p. 711-741, 1995, p. 730.

¹¹⁶ SAIDOV, op. cit., p. 147.

medidas específicas que a parte lesada deveria ter tomado; mas, se a parte lesada tiver, de fato, tomado algumas medidas, a parte violadora deve provar que não eram medidas razoáveis de mitigação, mostrando ações alternativas específicas que deveriam ter sido adotadas¹¹⁷.

Em que pese incontestável o ônus da prova recair sobre a parte inadimplente, a extensão desse ônus é debatida. Como aponta Gotanda¹¹⁸, a dificuldade decorre do fato de a parte inadimplente possuir o ônus de produzir uma prova negativa, qual seja, de que a parte violada não mitigou razoavelmente os danos sofridos. De um ponto de vista prático, a parte pode ter dificuldade em suprir esse encargo, na medida em que as evidências relativas aos esforços de mitigação estão, muitas vezes, no conhecimento e no controle da parte prejudicada.

O referido autor, a fim de demonstrar a complexidade da distribuição do ônus da prova nesses casos, apresenta julgamentos ocorridos na Áustria e Rússia que envolviam esse debate.

No primeiro, um parecer de Oberster Gerichtshof, de 6 de Fevereiro de 1996, ilustra o tipo de provas que uma parte inadimplente pode ser obrigada a produzir para obter êxito na sua alegação de que a parte lesada não conseguiu atenuar a sua perda nos termos do artigo 77. Nesse caso, o vendedor violou o contrato de venda e entrega de gás propano. Alegou, no entanto, que não era responsável por danos porque o comprador não conseguiu mitigar. O tribunal rejeitou o pedido com base no fato de o vendedor não ter cumprido os seus deveres. O tribunal explicou que uma parte que pretenda invocar o artigo 77 deve fazer mais do que simplesmente alegar que a parte prejudicada não mitigou razoavelmente. Deve fornecer “fatos pormenorizados e elementos de prova de apoio”, bem como pormenores sobre eventuais comportamentos alternativos que a parte lesada poderia ter tomado e o efeito que esses esforços teriam tido sobre os danos se tivessem sido tomados.

No segundo caso, foi estabelecido que, alegada a falha de mitigação de danos, ambas as partes têm obrigação de tratar dessa temática. Assim, o Tribunal Arbitral da Federação da Rússia, no caso n. 97/2004, determinou que a parte inadimplente deve mencionar as medidas não cumpridas que considera que deveriam ter sido adotadas e que

¹¹⁷ No original: “*This burden has also been interpreted as requiring the breaching party to refer to specific measures the injured party ought to have taken; but, if the injured party has in fact taken some measures, the breaching party must prove that they were not reasonable measures of mitigation loss by showing specific alternative courses of action that ought to have been taken*”.

¹¹⁸ GOTANDA, apud KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 1.036.

poderiam ter sido razoavelmente adotadas, bem como qual seria a redução de danos. A parte prejudicada, no entanto, também deve informar ao tribunal os esforços de mitigação que foram empreendidos. A decisão do tribunal reconhece que a parte prejudicada muitas vezes tem provas sobre quais esforços de mitigação foram empreendidos, e, portanto, coloca sobre essa parte a obrigação de apresentar referidas provas¹¹⁹.

Todo esse contexto evidencia que não há uma regra rígida nesse aspecto, o que possibilita a produção das provas por ambas as partes que envolvam a realização (ou não) das medidas de mitigação e sua razoabilidade (ou não), sendo certo que vem sendo rechaçada a ideia de aplicação do artigo 77 desacompanhada da respectiva prova.

Por fim, entende-se que, mesmo quando o devedor não pedir a redução da indenização das perdas e danos em decorrência do descumprimento do artigo 77, o juiz ou o árbitro pode invocar a aplicação da regra de ofício, conforme entendimento da doutrina majoritária.¹²⁰ De acordo com Stoll e Gruber, a expressão “a parte inadimplente pode pedir a redução da indenização por perdas e danos” não pode ser entendida de modo que a redução somente se torna efetiva com o consentimento do requerente ou pelo julgamento de uma Corte¹²¹, entendimento que corrobora a possibilidade de redução do montante indenizatório *ex officio*.

¹¹⁹ Ibid., p. 1.036-1.037.

¹²⁰ SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, op. cit., p. 1048.

¹²¹ STOLL, Hans; GRUBER, Georg. Article 77. In: SCHLECHTRIEM, Peter (Ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, p. 793.

3 A INCORPORAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* PELO DIREITO BRASILEIRO

Estabelecido um panorama da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, em especial, do princípio de mitigação previsto no artigo 77, é preciso debruçar-se sobre a incorporação dessa norma no direito brasileiro, a qual ocorreu muito antes da adesão desse instrumento internacional pelo país. Em que pese tenha ocorrido antes da adesão do Brasil, a CISG foi a principal responsável pela introdução do princípio da mitigação, sendo recorrentemente mencionada na doutrina e jurisprudência brasileira para fundamentar a aplicação do instituto em lides envolvendo direito doméstico.

Dessa forma, analisar-se-á, em primeiro lugar, os primeiros passos do princípio da mitigação no Brasil, com menção às doutrinas que introduziram essa temática, em especial o artigo da professora Vera Maria Jacob Fradera, intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o seu prejuízo?”, no qual a autora suscita a existência de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro acerca dessa temática. Esse artigo é considerado um marco no que concerne à introdução das ideias relativas à mitigação de danos no Brasil.

Após, tratar-se-á da consolidação da recepção com a edição do Enunciado 169 editado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, após o qual houve a disseminação do instituto.

Em seguida, adentrar-se-á à análise do principal fundamento invocado pela doutrina e jurisprudência para recepção do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro, qual seja, a boa-fé objetiva. Far-se-á um histórico desse princípio no direito brasileiro, desde a primeira previsão no Código Comercial de 1850, época em que foi pouco explorado, até a consagração no Código Civil de 2002 como cláusula geral, com variadas funções que lhe albergou grande amplitude dentro do sistema jurídico.

Posteriormente, explicitar-se-á os motivos para a construção de uma relação tão estreita entre a norma de mitigação dos prejuízos e a boa-fé objetiva, dentre eles, a aproximação semelhante realizada pela doutrina internacional e o amplo conteúdo que envolve a concepção de boa-fé no Brasil, da qual deriva também deveres acessórios, dentre eles o de cooperação, ao qual se amoldaria o princípio da mitigação.

Por fim, levando em conta que a recepção da norma de mitigação com fundamento na boa-fé não é unânime, discorrer-se-á sobre as posições doutrinárias contrárias a esse entendimento, as quais, sustentam, em síntese, a inexistência de lacuna no direito brasileiro acerca do tema

em razão das disciplinas dos lucros cessantes, do nexo de causalidade e da culpa concorrente, as quais são suficientes para tratar a situação jurídica de agravamento proposital dos prejuízos pelo credor da obrigação contratual, sendo, pois, desnecessária a importação do instituto do *duty to mitigate the loss*.

3.1 OS PRIMEIROS PASSOS DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO BRASIL: DA DOCTRINA DE AGUIAR DIAS AO ARTIGO DE VERA MARIA JACOB FRADERA

Instituto originário da *common law*, sistema jurídico no qual é concebido com contornos, finalidades e fundamentos específicos – construção, aliás, que serviu de inspiração para a previsão do artigo 77 da CISG –, o *duty to mitigate the loss* possui previsão expressa em alguns ordenamentos jurídicos, inclusive na América Latina, como se verifica em países como a Bolívia¹²² e o Peru¹²³.

O Brasil, por outro lado, não possui uma regra expressa, com caráter de generalidade, que preveja a mitigação de danos como limite à indenização do credor inadimplido.

No ponto, dá-se destaque à ausência de norma com caráter de generalidade, pois, especificamente no tocante à disciplina do contrato de seguro, há previsão no Código Civil de mitigação de danos estabelecida no artigo 771, segundo o qual “Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

A norma é bastante clara: o segurado deverá não apenas informar o sinistro ao segurador logo que o saiba, como também deverá tomar as providências para minorar os danos. Se não adotar tais medidas, poderá perder o direito à indenização securitária.

Todavia, a ausência de regra de mitigação com caráter de generalidade não importa dizer que não tenha sido debatido na doutrina brasileira a situação jurídica do credor que nada faz para agravar o seu prejuízo e, posteriormente, postula indenização integral dos danos sofridos.

¹²² Código civil boliviano, artigo 348, inciso II: “*Culpa concurrente del acreedor. [...] II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria*”.

¹²³ Código civil peruano, art. 1327: “*El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habria podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario*”.

Ainda vigência do Código Civil de 1916, Aguiar Dias lecionava, ao tratar do tema da liquidação dos lucros cessantes, “que como lucro cessante não podem ser considerados os resultados, artificialmente criados pelo prejudicado”. Acrescentou o autor ainda que

A este não é lícito, por exemplo, por sua inércia ou demora em mandar reparar o objeto ou bem danificado, agravar a situação do responsável, aumentando a indenização dos lucros cessantes. Os prejuízos devem ser calculados de acordo com o tempo realmente necessário para concluir as reparações e assim fazer desaparecer as conseqüências daí decorrentes, como, por exemplo, a não percepção de aluguéis da casa alugada ou o não rendimento do automóvel de aluguel, por sua forçada inatividade.¹²⁴

Como se vê, o autor inseriu em sua doutrina ideias que, embutidas na extensão dos lucros cessantes, parecem bastante lógicas e sem maiores controvérsias quanto à sua aplicação: não pode o credor, já tendo experimentado o prejuízo, agravá-lo propositalmente para ter incrementada a sua indenização por lucros cessantes. Assim, trabalhava-se com a ideia de que, configurado o ilícito e o dano, sua extensão, no tocante aos lucros cessantes, encontraria limitação nessa situação de agravamento proposital dos prejuízos.

A lição de Aguiar Dias, construída com base no artigo 1.060 do Código Civil de 1916¹²⁵, permaneceu coerente após a vigência do novo Código Civil em 2003, o qual estabelece no artigo 403 uma repetição do conteúdo daquele artigo, qual seja, que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação, ainda que esta resulte do dolo do devedor.¹²⁶

¹²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 770.

¹²⁵ Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

¹²⁶ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Com base neste dispositivo, os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados, por tratar-se de *dano indireto*¹²⁷.

A origem do entendimento subjacente a essa previsão remonta o pensamento de Robert Joseph Pothier, jurista francês do século XVIII cujo magistério influenciou a redação do artigo 1.151 do Código Civil francês, fonte do preceito contido no art. 403 do Código Civil de 2002, que também será tratado no item 2.5 deste Capítulo.

O célebre exemplo da compra da vaca doente, criado por Pothier, retrata bem este entendimento: um negociante vende uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa, tendo dissimulado este vício para o comprador. Ocorre que a vaca, antes de morrer, contamina todo o rebanho do comprador, que também vem a morrer. O comprador, sem os animais necessários para arar e adubar a terra, não cultiva a terra, e por isso não colhe. Impossibilitado de pagar as dívidas, tem seus bens sequestrados e vendidos a preço vil¹²⁸.

Segundo Pothier, o vendedor deve responder não só pelo dano da própria vaca, como também por todos os sofridos no restante do gado contagiado por ela, “porque é o dolo do negociante o causador de todo esse prejuízo”.

Por outro lado, o vendedor não deve ser considerado responsável pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, porque a falta de cultivo não é uma consequência “absolutamente necessária” da morte do gado, haja vista que era possível ao comprador evitá-la com, por exemplo, a compra de outros animais, ou, caso não dispusesse de recursos, poderia evitar os prejuízos alugando ou subarrendando as terras para que outrem a cultivasse.

Analisando este exemplo, Agostinho Alvim, na mesma linha de entendimento de Pothier, afirma que a inatividade do credor é que se deve considerar como a verdadeira causa dos danos decorrentes da falta de cultivo da terra. Segundo ele, o comprador “que não adquiriu, nem tomou de aluguel, outros bois para poder arar as suas terras, não praticou ato

¹²⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356 e ss.; Montenegro não faz distinção se causa do dano é o inadimplemento contratual ou uma lesão extracontratual; para este autor, “o dano que podia ser evitado pelo ofendido” é indireto e, portanto, irressarcível. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 22.

¹²⁸ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 148-149.

ilícito, porque nenhuma obrigação tinha de fazê-lo. Mas houve, na cadeia de causas, um fato, imputável a ele, e isso basta.”¹²⁹

Da mesma forma, Agostinho Alvim, Pontes de Miranda¹³⁰ e Carvalho Santos¹³¹ acompanham a orientação presente neste exemplo, que pode ser tido como um clássico no estudo da norma da mitigação.

O tema, que teve o seu debate iniciado com a doutrina de Aguiar Dias, continuou a ser tratado no que foi considerado o primeiro marco fundamental do *duty to mitigate the loss* no Brasil, em 2003, com o trabalho intitulado *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, de autoria do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

A obra traz uma noção ainda incipiente do *duty to mitigate the loss*, ali denominado de “doutrina da mitigação” ou “*doctrine of mitigation*”. Para reproduzir o contexto em que o tema foi introduzido, transcrevemos parte significativa da obra de Aguiar Júnior:

O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decreta a extinção do contrato dependerá da avaliação do valor desse dano. Para isso, não será levada em linha de conta a quantidade do dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato [...]. Assim, durante a mora do devedor, as condições econômicas poderão vir a ser alteradas de modo tal que a contraprestação prometida pelo credor se torne significativamente maior e mais valiosa do que a prestação ainda possível do devedor. Sendo este o descumpridor, ainda que sem maior gravidade, o fato novo que surgiu, onerando sobremaneira o credor, justifica a resolução do negócio, porque a sua economia ficou afetada em razão da demora do devedor, e não seria justo que o descumprimento funcionasse aí a favor do faltoso, com grave ônus ao credor, que por isso pode se liberar da obrigação.

¹²⁹ ALVIM, op. cit., p. 362.

¹³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 216.

¹³¹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, v. XIV: Direito das obrigações (arts. 1037-1078). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 257-260.

Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação (*'doctrine of mitigation'*), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento.¹³²

No ano seguinte à obra de Aguiar Junior, a professora Véra Maria Jacob de Fradera, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, publicou pioneiro artigo versando sobre a aplicação e a utilidade do *duty to mitigate the loss* no Brasil, intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”¹³³

Segundo Fradera, esta exigência atribuída ao credor de mitigar o próprio prejuízo teve origem no direito anglo-saxão, onde tem natureza de dever e recebe o nome de *duty to mitigate the loss*, e foi assistematicamente recepcionada pelos países de sistema jurídico continental, nos quais recebe qualificações jurídicas diversas: na Alemanha tem natureza de *Obliegenheit*, na Suíça de *incombance* e na França tem-se utilizado este mesmo conceito de *incombance*, embora sem a mesma terminologia.

Nele, a autora expôs a existência de um dever, sobretudo no âmbito das Convenções Internacionais, por parte do credor, de adotar medidas visando evitar ou mesmo minimizar as perdas decorrentes de uma quebra contratual, denominado, pela doutrina estrangeira, de *duty to mitigate the loss*.

Para ilustrar a aplicação do *duty to mitigate* no Direito francês, Fradera relatou um caso, decidido na França, que teve uma forte influência sobre a doutrina e a jurisprudência brasileira em relação à posterior aplicação do *duty to mitigate* no Brasil: o caso Bailleux c. Jarety, em que o locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e quando veio a invocar a cláusula resolutória, acabou privado de exercer este direito com base na proibição de *venire contra factum proprium*. Neste caso, o *venire* foi a “justificativa utilizada para sancionar o credor faltoso, em relação à *'l'obligation de mitigation'*”.

¹³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 136.

¹³³ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *RTDC: Revista Trimestral de direito civil*, v. 5, n. 19, jul./set. 2004.

Daí, pressupondo uma importância prática deste tema e uma lacuna no Código Civil de 2002 ao seu respeito, Fradera propôs a questão de se “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”

Fradera sustenta ser possível esta recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no artigo 422 do Código Civil: o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório de mitigar a própria perda, tendo em vista a concepção cooperativa de contrato. A autora acrescenta que, além desse fundamento, “restam, ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito [...]”.¹³⁴

Quanto às consequências jurídicas do cumprimento e violação do dever de mitigar, aduz que as despesas decorrentes da adoção de medidas razoáveis para conter o próprio dano seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor ou gerariam um crédito distinto das perdas e danos; por outro lado, não cumprido o dever de mitigar e configurado o aumento do prejuízo, incidiria o credor em culpa próxima à de natureza delitual, a justificar o pagamento de perdas e danos.

O artigo de Véra Fradera, conforme será visto adiante, serviu de fundamento não apenas para edição do Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, tratado a seguir, mas também a inúmeras decisões judiciais, sendo, portanto, um importante marco da importação do instituto pelo Brasil.

3.2 CONSOLIDAÇÃO DA INTERNALIZAÇÃO: O ENUNCIADO 169 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL E O *LEADING CASE* DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em dezembro de 2004, à luz do artigo recentemente publicado, a professora Véra Fradera apresentou à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proposta de enunciado ao artigo 422 do Código Civil, tendo como justificativa as investigações feitas no seu artigo e que culminou na aprovação do Enunciado 169, o qual contou com a seguinte redação: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”¹³⁵

Antes de adentrar às justificativas que embasaram a aprovação do Enunciado 169, é preciso compreender o conteúdo e a força dos

¹³⁴ FRADERA, op. cit., p. 116.

¹³⁵ JORNADA DE DIREITO CIVIL. III. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 168.

enunciados no sistema jurídico brasileiro. De Plácido e Silva, na obra *Vocabulário Jurídico*, fornece a seguinte definição:

Enunciado. Assim se diz da série de argumentos ou exposição de razões manifestadas, por escrito ou verbalmente, com o fim de mostrar a procedência de uma afirmativa ou de demonstrar o fundamento de um direito. Por extensão, dá-se a designação ao próprio escrito, em que se fazem ou se escrevem os argumentos.¹³⁶

Embora enunciados provenientes das Jornadas de Direito Civil representem meramente “o pensamento médio da maioria das comissões temáticas”, o fato é que são levados em consideração pelos tribunais – o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil é, sem dúvida, prova cabal desta circunstância.

Enunciados são criados no seio das chamadas Jornadas de Direito Civil, realizadas periodicamente por meio do Centro de Estudos Judiciários,¹³⁷ do Conselho da Justiça Federal.¹³⁸ Dessas jornadas

¹³⁶ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹³⁷ O Centro de Estudos Judiciários, dirigido pelo Corregedor-Geral da Justiça Federal, é parte da estrutura orgânica do Conselho da Justiça Federal, competindo-lhe “exercer, de forma efetiva, a supervisão orçamentária e administrativa, o poder correicional e a uniformização, bem como promover a integração e o aprimoramento da Justiça Federal.” Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/o-que-e>>. Acesso em: 20 set. 2017. Vide, ainda, artigos 2º e 6º da Res. CJF 42/08 – Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal, e incisos I, II e III do artigo 8º da Lei n. 11.798/08.

¹³⁸ Integram o Conselho da Justiça Federal, conforme artigo 2º da Lei 11.798/08, que dispõe sobre a composição e a competência do conselho, o Presidente e o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (inciso I), três Ministros, eleitos entre os integrantes do Superior Tribunal de Justiça (inciso II), e os Presidentes dos Tribunais Regionais Federais (inciso III). O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE têm direito a assento no Conselho, mas não votam (§1º do mesmo artigo 2º). O Conselho da Justiça Federal, nos termos do parágrafo único, inciso II, do artigo 105 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/04, funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, “cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante”, ou seja, “são de

participam “magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito,” divididos em comissões temáticas.¹³⁹

Vale ressaltar a advertência feita pelo Centro de Estudos Judiciários, segundo a qual os enunciados não expressam o entendimento do Conselho da Justiça Federal, que apenas promove o evento, menos ainda do Superior Tribunal de Justiça, “mas representam o pensamento médio da maioria das respectivas comissões temáticas”¹⁴⁰.

observância obrigatória por todas as unidades da Justiça Federal de primeiro e segundo graus”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/o-que-e>. Acesso em 20/09/2017.

¹³⁹ Coordenada por Antonio Junqueira de Azevedo (Professor - USP-SP) e José Osório de Azevedo Jr. (Professor - PUC-SP), e relatada por Luis Renato Ferreira da Silva (Professor - PUC-RS) e Cláudia Lima Marques (Professora - RS), a comissão de trabalho responsável pelo Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, na III Jornada de Direito Civil (a responsável pelo Enunciado n. 169), foi formada por: Antônio Junqueira de Azevedo – Professor (USP) – SP, Arion D’Almeida Monteiro Filho – Juiz de Direito - TJ-BA, Arnaldo Rizzardo – Professor – RS, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – Desembargador Federal - TRF-4ª Reg., Carlos Roberto Alves dos Santos – Juiz Federal – GO, Claudia Lima Marques – Professora (URGS) – RS, Cláudio Fortunato Michelin Jr. – Professor – RS, Clayton Reis – Desembargador - TJ-PR, Edilson Pereira Nobre Júnior – Juiz Federal – RN, Fabrício Fontoura Bezerra – Juiz de Direito - TJ-DF, Fernanda Mathias de Souza – Advogada – DF, Flávio Murilo Tartuce Silva – Advogado e Professor – SP, Francisco José de Oliveira – Defensor Público – MG, Francisco José Moesch – Desembargador - TJ-RS, Guilherme Couto de Castro – Juiz Federal – RJ, Heloisa Carpena – Procuradora de Justiça – RJ, João Luís Fischer Dias – Juiz de Direito - TJ-DF, José Osório de Azevedo Jr. – Professor (PUC) – SP, Judith Martins Costa – Professora (UFRGS) – RS, Luis Renato Ferreira da Silva – Professor (PUC) – RS, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues – Desembargadora Federal - TRF-1ª Reg., Maria Isabel Pezzi Klein – Juíza Federal – RS, Miguel Kfourri Neto – Juiz do Tribunal de Alçada – PR, Noeval de Quadros – Juiz do Tribunal de Alçada – PR, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – Desembargador - TJ-RS, Paulo Roque Khouri – Professor – DF, Rafael Castegnaro Trevisan – Juiz Federal – RS, Régis Bigolin – Advogado – RS, Roberto Rosas – Professor – DF, Rodrigo Barreto Cogo – Advogado – SP, Ruy Eduardo Almeida Britto – Juiz de Direito - TJ-BA, Sidney Hartung Buarque – Desembargador - TJ-RJ, Valéria Medeiros de Albuquerque – Juíza Federal – RJ, Vera Andrighi – Desembargadora - TJ-DF, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha – Juiz de Direito - TJ-PB e Professor - PB.

¹⁴⁰ Vide: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Na prática, os participantes encaminham “Justificativas”, que são submetidas às comissões temáticas que, por maioria, as aprovam ou as rejeitam, transformando-as, no primeiro caso, em um “Enunciado”.

A III Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, durou 3 dias e produziu o expressivo número de 133 enunciados. A comissão temática encarregada do tema Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil contribuiu com 20 enunciados, 5 sob a rubrica do artigo 422 do Código Civil¹⁴¹.

Para a análise da justificativa ao Enunciado que versa sobre a mitigação do prejuízo – aprovado sob o número 169 - tomaremos por base a proposta apresentada por Véra Fradera, a qual reproduzida por Flávio Tartuce, também participante da III Jornada de Direito Civil, no artigo intitulado “A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem”.¹⁴²

Verifica-se que Fradera iniciou a justificativa indicando a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, principalmente por não ter a lei brasileira tratado expressamente do comportamento do credor quanto a este aspecto, não obstante a existência de normas eficazes que tratam desta questão, com destaque para o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 que trata sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Acrescenta que o dispositivo da CISG está inserido no capítulo relativo às “Disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador” e que esta particularidade suscita a prática da comparação com o § 242 do BGB, segundo o qual “o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico”¹⁴³.

Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes.

Fradera apresenta um julgado da Corte Federal Alemã, que aplicou o artigo 77 da Convenção de Viena, no qual uma empresa produtora de

¹⁴¹ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view>>. Acesso em 20/09/2017.

¹⁴² Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/6>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁴³ No original: “*der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

sementes de uva adquiriu uma cera específica para proteger as cepas de infecções e, apesar de ter a empresa descoberto que o produto estava causando danos às cepas, continuou a utilizá-lo, sendo esta conduta censurada pela Corte, pois contrária a todas as regras de comportamento contratual.

Outro exemplo apresentado pela autora é do direito francês, que, conforme alerta, não se valeu propriamente da obrigação do credor de minimizar o seu próprio prejuízo, mas do impedimento de se adotar conduta contraditória (*venire contra factum proprium*), tendo sido o credor impedido de invocar a cláusula resolutória, não obstante o inadimplemento (não pagamento de alugueis) do locatário por 11 anos (caso *Bailleux c. Jarety*). Aponta, ainda, que no direito francês recorre-se, muitas vezes, à figura do abuso de direito para solucionar questões similares à apresentada.

Consoante o pensamento de Fradera, há uma aproximação entre o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 e o artigo 422 do Código Civil brasileiro, devendo o *duty to mitigate the loss* ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, podendo, ainda, a recepção fundamentar-se no *venire contra factum proprium* e no abuso de direito.

E, conclui a autora, que o credor que agir para minimizar os danos, deve obter o ressarcimento das despesas efetuadas com este intento, porém, quando não intervir na mitigação do prejuízo, deverá responder por perdas e danos, o que deve ser tratado como culpa delitual, já que não haveria obrigação contratualmente estipulada.

À vista de toda essa justificativa, é que se solidificou o Enunciado 169 no sentido de que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Antes mesmo da edição do Enunciado, registra-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em julgamento ocorrido no dia 23 de agosto de 2004, proferiu a primeira decisão do Brasil aplicando o *duty to mitigate the loss*.¹⁴⁴

Nessa decisão¹⁴⁵, no momento da quantificação dos danos, a Câmara entendeu cabível a utilização da *doctrine of mitigation*, a qual

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação n. 158909-7*. 6ª Câmara Cível. Relator Des. Albino Jacomel Guerios. Julgado em 23/08/04.

¹⁴⁵ Eis a ementa: “CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO-COMPRADOR INADIMPLENTE. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. A promitente-vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo

“recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-se nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito”. Acrescentou a Câmara que “o princípio da boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência para circunscrever o prejuízo e impedir a sua eventual expansão”. Em reforço, fundamentou-se no nexo de causalidade e na culpa concorrente da vítima:

Se a vítima concorrer para o aumento dos prejuízos, o que muitas vezes implica em verdadeira concausa, responderá por seu ato.

Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor [...].

No Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela uniformização da interpretação de lei federal no país, a primeira decisão envolvendo o *duty to mitigate the loss* foi proferida em 2010¹⁴⁶.

inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o inadimplente não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente. Apelação provida em parte.” Do corpo do acórdão, colhemos o seguinte excerto: “Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. ajuizou a ação de rescisão de contrato cumulada com pedido de indenização sustentando, em resumo, que Sérgio Meca de Lima, promissário-comprador de uma unidade no Edifício Lynx, em Curitiba, deixou de honrar o pagamento das prestações contratuais a partir de maio de 1994, não adimplindo mesmo depois de notificado em 1998; sustenta que este deixou também de quitar as despesas de condomínio e o IPTU; sustenta, por fim, que o réu abandonou a posse da unidade compromissada há mais ou menos um ano.”

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518/PR. Terceira Turma. Relator Min. Vasco Della Giustina. Julgado em 17/06/2010. Publicado em: 28/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>

A controvérsia girava em torno da possibilidade de o requerido ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem se deu por culpa do credor, em razão da não observância, por parte deste, do princípio da boa-fé objetiva¹⁴⁷.

Ao discorrer sobre o *duty to mitigate the loss*, a Corte mencionou desde o artigo da professora Véra Fradera até o Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, e, alinhavando-o ao princípio da boa-fé objetiva, articulou a seguinte conclusão:

[...] verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse

/jurisprudencia/toc.jsp?processo=758518&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁴⁷ O julgado contou com a seguinte ementa: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.

com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

Apesar do extenso estudo contido na decisão, entende-se que a Corte Superior se equivocou quanto à aplicação da norma de mitigação no caso concreto.

Isso porque, diante do caso descrito, seria mais apropriado recorrer ao instituto da *supressio*, que designa a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal. A Ministra Nancy Andrighi, também integrante do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado meses antes ao referido, definiu a *supressio* como “a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prolongará no tempo”¹⁴⁸.

Em análise a esse primeiro julgamento, Tomas Comino entende que se houvesse a análise do caso sob a ótica da *supressio*, o desfecho poderia ter sido distinto, pois que seriam outros os parâmetros para a fixação do valor descontado do credor. E prossegue:

A pergunta, tivesse sido a *supressio* considerada, seria: quando o devedor passou, legitimamente, a considerar-se livre daquela obrigação cujo cumprimento foi tão negligenciado pelo credor? Enquanto a *supressio* tem por objetivo a tutela dos legítimos interesses de uma das partes da relação, o *duty to mitigate the loss* tem por finalidade combater as consequências evitáveis. Logo, é possível verificar que, embora possam a *supressio* e o dever anexo de colaboração serem alocados sob o guarda-chuva da boa-fé objetiva, não há dúvidas de que distintos casos concretos convidam à incidência institutos também distintos, que

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 953.38/SP*. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 15/03/2010.

assegurarão desfechos mais apropriados, em que pesem opiniões contrárias.¹⁴⁹

Apesar da crítica, é certo que esse precedente vem servindo de fundamento para numerosos acórdãos dos mais diversos tribunais estaduais e do próprio Superior Tribunal de Justiça, que a ele prestam explícita homenagem, na forma de referência.

3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: DO DESUSO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSAGRAÇÃO COMO CLÁUSULA GERAL NO NOVO CODEX

O princípio da boa-fé é, sem dúvida, um dos grandes temas tratados pelo Código Civil de 2002. Inserido como peça-chave da nova dinâmica negocial, a boa-fé foi repetidamente mencionada em diversos dispositivos do novo *Codex* e virou tema de amplo debate na doutrina e jurisprudência. Discute-se sua amplitude, relação com outras áreas do Direito, como o Direito Constitucional – movimento chamado de Constitucionalização do Direito Civil –, conteúdo (em especial, os conceitos parcelares) entre outras temáticas que despertam acalorados debates sobre esse princípio.

Todavia, não se pode afirmar que a boa-fé objetiva sempre possuiu papel de destaque em nosso sistema jurídico. Para compreender o caminho que conduziu à realçada posição do princípio da boa-fé objetiva, é necessário traçar um histórico da boa-fé no Brasil, panorama que demonstrará que o atual protagonismo desse princípio está calcado na inserção da figura da cláusula geral, própria da abertura do sistema jurídico ocorrida com o Código Civil de 2002.

A primeira inserção do ideal de boa-fé no Brasil, ainda que por legislação infraconstitucional, se deu, de forma expressa, no Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, item 1¹⁵⁰. Como salienta Ricardo Lupion, a boa-fé objetiva era reconhecida como vetor de interpretação de

¹⁴⁹ COMINO, Tomas Barros Martins. *As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015, p. 81.

¹⁵⁰ Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

contratos firmados pelos então comerciantes¹⁵¹, com a finalidade de que o sentido literal da linguagem do negócio não prevalecesse sobre a intenção manifestada na declaração e vontade, ou dela inferível.

Mesmo com a forte influência dos ordenamentos europeus, a previsão geral de boa-fé objetiva do Código Comercial de 1850 não foi valorizada nas relações comerciais brasileiras, uma vez que não havia inspiração doutrinária sobre o tema.

De outra banda, no Código Civil de 1916, a ideia de boa-fé estava vinculada à boa-fé subjetiva, aos direitos possessórios, uma vez que não se discutia a função social da propriedade, bem como a questões afetas ao direito de família e sucessões. Havia quem o identificasse no artigo 1.443 do Código Civil de 1916¹⁵², que mencionava a expressão “mais estrita boa-fé e veracidade” para orientar a relação entre segurador e segurado de uma espécie contratual pontual, qual seja, o contrato de seguro.

Contudo, como dito, não há dúvidas de que no antigo Código a boa-fé era mais valorada pelo seu viés subjetivo, panorama que refletia as principais características daquele regramento.

É sabido que o Código Civil de 1916 era marcado pela autonomia da vontade e pela liberdade individual, visto que foi inspirado na ideologia do liberalismo. Seus valores individualistas e patrimonialistas explicam a ausência de disposição expressa sobre o princípio da boa-fé objetiva, na medida que tinha a pretensão de regular todas as possíveis relações privadas baseado em um sistema fechado cuja aplicação era feita por meio da mera técnica de subsunção.

Esse sistema fechado, característico do movimento das codificações ocorrido nos Séculos XVIII e XIX, é visto inicialmente como marcado pela unidade e hierarquia. No topo da pirâmide em que se estruturaria o sistema jurídico, estariam verdades universais das quais se derivaria, por dedução, normas menores até que se pudesse chegar à base da pirâmide: a solução do caso concreto. Essa concepção foi denominada de sistema fechado, por oposição ao sistema aberto que posteriormente lhe substituiu. Canaris elucida as duas concepções:

¹⁵¹ GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

¹⁵² Art. 1443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

No que toca, em primeiro lugar, à abertura, encontram-se, na literatura, utilizações linguísticas diferentes. Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia de codificação; nesse sentido, o sistema do Direito alemão actual deve-se considerar, pela sua estrutura, sem dúvida como fechado. Na outra, entende-se por abertura e incompleitude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um facto geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do inda há trinta anos existente.¹⁵³

À vista desse sistema fechado, leciona Judith Martins-Costa que a pretensão de Clóvis Beviláqua à plenitude da legislação e sua excessiva preocupação com a segurança, certeza e clareza não permitiram a inserção de cláusulas gerais e, por tal razão, a boa-fé acabou por constar tão restrita.¹⁵⁴

A mudança de paradigma entre o sistema fechado e o aberto decorre da constatação de que a lei não consegue prever, de forma pormenorizada e exhaustiva, todas as situações fáticas que merecem adequado tratamento jurídico¹⁵⁵. A maior complexidade das relações sociais criou, a partir da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de que novas áreas fossem disciplinadas pelo direito e previstos diversos

¹⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-104.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 267.

¹⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício et al. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 609-610.

tratamentos para diferentes gêneros, grupos sociais, étnicos ou políticos. Segundo Francisco Amaral:

O sistema passa a configurar-se assim como uma “ordem axiológica ou teológica de princípios gerais”, “uma entidade aberta à dinâmica que continuamente se enriquece e constitui”. Não mais um sistema fechado, representado pela ideia da codificação, mas um sistema aberto incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.

O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva mas como uma rede, um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento.¹⁵⁶

Assim, diante da impossibilidade de a lei prever adequadamente todas essas situações de forma pormenorizada, as legislações passaram a prever conceitos indeterminados e cláusulas gerais ou a dar nova significação àqueles que já estavam presentes no ordenamento jurídico. E não foi diferente no Brasil, queurgia pela abertura em decorrência do novo contexto de industrialização, desenvolvimento econômico, surgimento de direitos sociais e advento de sociedade de massas.

Alguns autores entendem que, apesar da ausência de disposição no Código Civil de 1916, houve desenvolvimento e fomento da aplicação da boa-fé por parte da doutrina e jurisprudência brasileira, sendo este visto como um princípio geral presente no sistema. Nesse contexto, as palavras de Clóvis do Couto e Silva elucidam a matéria no sentido de que “poder-se-ia afirmar que, se não existe o dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé objetiva no Direito das Obrigações. Observa-se, contudo, ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa”.¹⁵⁷

Certo é que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) a boa-fé recebeu novo tratamento na legislação brasileira. A boa-fé não apenas serviu para a interpretação de cláusulas contratuais, mas também para o preenchimento de lacunas, delimitação

¹⁵⁶ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 63, p. 45-56, jan./mar. 1993, p. 49.

¹⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 241.

de direitos e criação de deveres jurídicos anexos. Adotou, implicitamente, a boa-fé como cláusula geral.¹⁵⁸

O artigo 4º, inciso III, do Código Consumerista dispõe que a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender à harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.¹⁵⁹,

A seu turno, o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé¹⁶⁰, podendo-se afirmar que essa é a primeira disposição que estabelece uma sanção em decorrência da inobservância da boa-fé, qual seja, a invalidade absoluta da cláusula contratual.

Em 2003, o Código Civil entrou em vigor lastreado de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados com o intuito de irradiar a legislação vigente, fazendo com o direito deixasse de ser estático, aproximando-se cada vez mais das relações humanas.

Segundo Menezes Cordeiro, o conceito jurídico será considerado indeterminado sempre que não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, porosidade ou esvaziamento. O autor ainda explica que haverá

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 580-581.

¹⁵⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

¹⁶⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...] polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte algum sentido útil¹⁶¹.

No tocante às cláusulas gerais, Gustavo Tepedino sustenta que são as que definem parâmetros hermenêuticos como referência interpretativa, a fim de oferecer ao intérprete valores que limitam e que orientam a aplicação das leis.¹⁶²

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶³ entendem que as cláusulas gerais têm a importante função de permitir a abertura e a mobilidade do ordenamento jurídico, fazendo com que o sistema fique vivo para acompanhar e se adaptar às novas realidades sociais que surgem diariamente.

Assim, conclui-se que as cláusulas gerais são tidas como normas em branco que possibilitam ao julgador fazer valorações no caso concreto, a partir das quais ele criará o direito aplicável ao caso. As referências utilizadas nessas valorações poderão ser encontradas no próprio sistema, por meio dos princípios ou normas jurídicas existentes no ordenamento, que servirão para integrar a moldura fornecida pela cláusula geral. Poderá ocorrer também de ter o julgador que recorrer a valores ou princípios metajurídicos, existentes no ambiente social para que possa preencher o conteúdo daquela moldura¹⁶⁴.

Valendo-se da cláusula geral, o julgador pode “adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum

¹⁶¹ ROCHA, António Manuel; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2, Lisboa: Almedina, 1984, p. 1177.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, 2000, op. cit., p. 336.

modo fixos”.¹⁶⁵ É dizer, pelo seu elevado grau de vagueza, tanto o uso das cláusulas gerais como dos conceitos jurídicos indeterminados concedeu ao Juiz maior subjetivismo, liberdade e discricionariedade na aplicação do direito.

Nessa perspectiva, adverte Menezes Cordeiro que as cláusulas gerais atribuem ao julgador um poder significativo, perturbam a separação de poderes e agregam insegurança às relações jurídicas, mas, utilizadas de forma adequada, promovem a “aplicação cuidada do Direito”.¹⁶⁶ Também em tom crítico, Antônio Junqueira Azevedo alega que essas expressões acabam proporcionando a fuga da lei para o Juiz.¹⁶⁷

Formulada a concepção de cláusula geral, não há dissenso que o novo Código Civil Brasileiro tratou a boa-fé como verdadeira cláusula geral, sendo explicitamente referenciada nos artigos 113, 187 e 422, como uma norma com alta carga de abstração que irriga todo o ordenamento jurídico. Estruturou-se como norma ético-social, em que se baseia em um padrão de conduta honesto e leal e que se utiliza de

Um modelo de pessoa imaginária, normal, razoável, com o fito de averiguar o sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declarário verdadeiros.¹⁶⁸

Assim, o artigo 113, ao determinar que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme os ditames da boa-fé¹⁶⁹, não faz alusão apenas à sua função interpretativa. Deve-se entender a aplicação da boa-fé como um todo, atuante em todas as funções na medida em que for possível diante do caso concreto.

A seu turno, o artigo 422 do Código Civil estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato,

¹⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 50.

¹⁶⁶ ROCHA; CORDEIRO, op. cit., p. 1184.

¹⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 123-129, jan-mar. 2000, p. 126.

¹⁶⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

¹⁶⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹⁷⁰ Trata-se de norma que contém cláusula geral e que, inspirada nos princípios éticos da lealdade, confiança e da probidade, confere ao julgador liberdade de estabelecer qual a conduta que deveria ser exercida nas circunstâncias do caso concreto.

O legislador utilizou intencionalmente a vagueza semântica da expressão “boa-fé” para permitir que o julgador cotejasse a conduta dos contratantes no caso concreto com padrões e valores intra e extra-sistemáticos, mas não definidos *a priori* na própria norma. A previsão do artigo 422 não traz, em si, a consequência para a hipótese de a parte contratante não ter agido de acordo com a boa-fé, de modo que o juiz deverá escolher a melhor solução que se ajusta à finalidade de assegurar a observância da boa-fé.

Nesse cenário, a boa-fé, como mencionou Miguel Reale, é “o cerne em torno do qual girou a alteração da nossa Lei Civil”, ressaltando que o “constante valor dado à boa-fé constitui uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, que o substituiu”¹⁷¹.

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva se revela como um “[...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo [...] agindo como agiria [...] um homem reto: com honestidade, lealdade e propriedade”.¹⁷²

Além disso, conforme bem expôs Anderson Schreiber, a boa-fé pode ser considerada como um dos critérios *axiológico-materiais* para a verificação do abuso de direito, sendo possível concluir que, no direito positivo brasileiro, a boa-fé objetiva e o abuso de direito são conceitos autônomos, “mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se

¹⁷⁰ A redação do artigo 422 do Código Civil parece mandar observar o princípio da boa-fé do período da conclusão do contrato até a sua execução, ou seja, parece afastar a sua aplicação nas fases pré e pós-contratuais. A doutrina, todavia, faz a leitura a partir de uma interpretação teleológica e evolutiva, de modo a alçar a boa-fé como norma de regência de todo o contato negocial. Ver: GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 311.

¹⁷¹ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁷² MARTINS-COSTA, 2000, op. cit., p. 411.

combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé¹⁷³.

A boa-fé, portanto, pode ser verificada tanto como um princípio quanto como uma cláusula geral ou *standard*. Discorrendo sobre o tema, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins sustenta que

O que muda é o seu grau de abstração e nível de análise: o princípio da boa-fé determina em sua carga axiológica de grande abstração o comportamento leal, honesto e probo. Como meio de tradução destes valores, determina *standards*, modelos em consonância com o comportamento considerado leal, o que se exige que um indivíduo razoavelmente realize. No entanto, para que estes valores e arquétipos ingressem no sistema, é preciso que o ordenamento jurídico tenha uma abertura como meio de concretização dos valores contidos no princípio e dos arquétipos que ele apresenta, servindo para tanto as cláusulas gerais. Assim, as cláusulas gerais, com enunciados propositadamente vagos, servem de instrumento de desenvolvimento da normatização das situações concretas apresentadas, de aplicação do princípio às relações jurídicas existentes.¹⁷⁴

Com base nesse dispositivo, a doutrina passou a dedicar-se com profundidade, ao estudo da boa-fé. Numerosos são os estudos envolvendo esse princípio, o qual, ainda hoje, desafia doutrinadores e julgadores, sobretudo diante da grande amplitude que alcançou em nosso sistema jurídico.

À vista desses estudos e levando em conta o recorte aqui proposto, importa trazer à lume aspectos essenciais relacionados à boa-fé objetiva, tais como a distinção com a modalidade subjetiva, as funções reconhecidas pelo ordenamento e, por fim, os seus deveres acessórios, esses últimos resultado de construção doutrinária que está em franco crescimento no país.

¹⁷³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 113-114.

¹⁷⁴ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 53.

No tocante à distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva ou de comportamento, destaca-se que a boa-fé subjetiva está relacionada ao estado de ignorância do indivíduo quanto a estar praticando algum ato em desconformidade com a ordem jurídica. Está presente nos direitos reais (por exemplo, o tratamento diferenciado conferido ao possuidor de boa-fé ou de má-fé).

A boa-fé objetiva, por sua vez, é a boa-fé de conduta, de modo que impõe que o destinatário da norma aja de acordo com a conduta esperada de um homem probo. Determina a conduta leal, honesta e correta dadas as circunstâncias do caso¹⁷⁵.

Judith Martins-Costa assim distinguiu as duas modalidades de boa-fé:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação irregular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião) seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). [...]

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal.¹⁷⁶

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 77.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, 2000, op. cit., p. 411-412.

Feita a breve diferenciação, é preciso frisar que nesse estudo tratamos da boa-fé objetiva, não havendo, portanto, necessidade de maiores delongas quanto à modalidade subjetiva.

A primeira finalidade da boa-fé objetiva é a de gerar segurança para as obrigações, em especial celebradas por meio dos contratos. Esta segurança é necessária para a realização do interesse geral, que consiste no intercâmbio de bens e serviços, os quais são viabilizados com base no estabelecimento de uma “relação de confiança” que é alcançada pelo princípio da boa-fé.

Como bem preceitua Orlando Gomes,

Para traduzir o interesse social de segurança nas relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e devedor é necessária a colaboração, pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir que uma parte dificulte a ação da outra.¹⁷⁷

Não bastasse isso, podemos vislumbrar outras três importantes funções da boa-fé em nosso sistema, quais sejam, a de interpretação dos negócios jurídicos, de controle e, por fim, de integração do contrato.

Nos termos do artigo 113 do Código Civil, tem-se a primeira das funções da boa-fé, qual seja, de *interpretação dos negócios jurídicos*, devendo sê-los conforme os usos do lugar da celebração com observação da boa-fé, não cabendo mais a interpretação isolada.

A segunda função da boa-fé é a de controle, em consonância com o disposto no artigo 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito¹⁷⁸.

A terceira função da boa-fé é a de integração do contrato, por força do disposto no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual os contratantes

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 42.

¹⁷⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

são obrigados a guardar, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.¹⁷⁹

Em análise a uma relação entre as funções da boa-fé objetiva, sustenta Fernando Noronha que “se deveres laterais e até diversos deveres secundários de prestação se integram ao contrato por força do princípio da boa-fé, é porque a função integrativa não é qualitativamente diversa da função interpretativa”, concluindo que a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato, para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei. O autor ainda explicita que tanto a função interpretativa como a integrativa têm por finalidade determinar quais são os direitos das partes – aliás, determinando quais são as obrigações de uma parte, ao mesmo tempo ficam estabelecidos os direitos que competem a respectiva parte.¹⁸⁰

Além das funções apresentadas, o princípio da boa-fé também criou diversos deveres jurídicos anexos às obrigações contratuais, que, apesar de sempre terem estado presentes no ordenamento jurídico, não haviam recebido a devida atenção até o advento do Código Civil Brasileiro. Ao criar tais deveres, a boa-fé objetiva atua como verdadeira fonte de integração do conteúdo do contrato, independente do que foi estabelecido segundo a vontade das partes, ou seja, eles possuem uma origem não-voluntarística.¹⁸¹

De acordo com Fábio Siebeneichler de Andrade e Celiana Diehl Ruas, a percepção da relação obrigacional como uma estrutura de processos e como uma totalidade polarizada no adimplemento, mas que pode ser decomposta em fases e planos¹⁸², permitiu que se compreenda o surgimento dos deveres a que se ligam o desenvolvimento e o

¹⁷⁹ FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Boa-fé objetiva e constitucionalização do direito privado. Os deveres anexos e a violação positiva do contrato. Conceitos parcelares da boa-fé objetiva. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, n. 87, jan-fev. 2014, p. 66-67.

¹⁸⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 166-167.

¹⁸¹ Segundo Anderson Schreiber, a fonte dos deveres anexos é própria boa-fé objetiva, sendo que a sua criação independe da vontade das partes, podendo surgir mesmo contra esta vontade. Ver: SCHREIBER, op. cit., p. 82.

¹⁸² Clóvis do Couto e Silva sustenta que o processo obrigacional se divide em duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e fase do adimplemento. SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 43.

adimplemento, resultantes da incidência do princípio da boa-fé, o qual orienta toda a relação obrigacional.¹⁸³

Na doutrina são encontradas diversas nomenclaturas para tais deveres (deveres anexos, laterais, instrumentais, acessórios de conduta, meramente de conduta, de proteção ou de tutela). Orlando Gomes¹⁸⁴ chama-os de condições subentendidas. Por sua vez, Garcia, baseado no direito alemão e atento à imprecisão da nomenclatura, se utiliza da expressão deveres acessórios de conduta¹⁸⁵.

A respeito desses deveres, é importante ressaltar que, sendo auxiliares, não se prestam a realizar a obrigação principal, mas proteger os demais interesses correlatos. Como alerta Garcia¹⁸⁶, não se pode confundi-los com deveres secundários (ou acidentais), porque estes guardam conexão com os deveres principais.

São deveres que as partes carregam durante toda a relação jurídica, da fase pré-contratual até após o adimplemento da obrigação principal, ao se comprometerem a adotar certos comportamentos, tendo em vista o fim do negócio jurídico, os quais são baseados na objetiva confiança depositada mutuamente pelas partes, sendo variáveis conforme as circunstâncias concretas de cada caso.¹⁸⁷

Importante frisar que não se tratam de deveres constantes em um rol taxativo, pois acabaria por limitar o alcance do princípio da boa-fé, o que seria contraditório por se tratar de um mandamento de otimização. À luz da doutrina de Judith Martins-Costa¹⁸⁸ e Enéas Costa Garcia¹⁸⁹ pode-se enumerar os seguintes deveres jurídicos anexos:

- a) Dever de cuidado ou proteção
- b) Deveres de lealdade e confiança recíproca;
- c) Deveres de confidencialidade e omissão;
- d) Dever de informação;
- e) Dever de cooperação

¹⁸³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 119-146, abr.-jun. 2016, p. 125.

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 43.

¹⁸⁵ GARCIA, 2003, op. cit., p. 98.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 99.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, 2000, op. cit., p. 438-440.

¹⁸⁸ *Ibid*, p. 439.

¹⁸⁹ GARCIA, 2003, op. cit., p. 105.

Em análise aos deveres anexos, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins sustenta que um dos traços distintivos entre o dever de cooperação e dos demais é a abrangência. Isso porque todos os demais deveres acabam por se enraizar no dever de cooperação, nos termos da seguinte linha de raciocínio:

Informar é cooperar com o outro prestando-lhe informações. Agir com lealdade também é colaborar, já que ser fiel aos compromissos assumidos é uma atitude cooperativa. Ter cuidado com o outro e seu patrimônio, da mesma maneira, é cooperar, pois impede a ocorrência de danos desnecessários. Guardar confidencialidade também, já que há a colaboração contra a revelação de dados sigilosos.¹⁹⁰

Como se vê, em que pese a inegável importância do princípio da boa-fé, esse é bastante denso e complexo. A complexidade e densidade do princípio advém não apenas da ausência de definição no Código Civil de seu conteúdo, mas também da expressiva quantidade de menções no corpo do *Codex*, das interações com outras áreas do Direito (p. ex., direito constitucional e processual), bem como das influências do direito estrangeiro, sendo o *duty to mitigate the loss* exemplo desse fenômeno, tudo a agregar conteúdo a esse princípio.

Não bastasse isso, é preciso mencionar a fértil doutrina e a crescente jurisprudência a empregar esse princípio, sendo, nesse último aspecto, bastante frequente encontrar decisões pautadas tão somente na boa-fé objetiva, embora algumas vezes deixando de aplicar regra vigente no ordenamento, confirmando-se, assim, a mencionada crítica de Antônio Junqueira Azevedo.

3.4 MOTIVAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DE DANOS E A BOA-FÉ OBJETIVA

Tal como visto nos itens anteriores, consolidou-se na doutrina e jurisprudência a concepção de que o princípio da mitigação está fulcrado no da boa-fé objetiva. Essa construção não ocorreu de imediato, sendo possível atribuir, em primeiro lugar, à doutrina brasileira, embora

¹⁹⁰ MARTINS, op. cit., p. 64.

rarefeita, que se dedicou aos comentários da Convenção antes mesmo de falar-se em importação de quaisquer dos institutos nela previstos.

É dizer, quando os autores brasileiros comentavam a Convenção de Viena de 1980 sobre Contrato de Compra e Venda de Mercadorias, em especial sua parte principiológica, já se alinhavava a relação do conteúdo da boa-fé, disposto no art. 7º da CISG com o artigo 77 desse instrumental internacional.

A título de exemplo, extrai-se de artigo de Judith Martins-Costa, intitulado “Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980” e publicado em 1995, o seguinte raciocínio:

Na Convenção está posto, como cânone hermenêutico, no art. 7, retrocitado. Suas consequências, no que concerne à criação, conformação e regulação dos direitos e deveres laterais podem ser vislumbradas nos seguintes artigos:

[...]

- art. 77: *prevê o dever de cooperar com a contraparte para o bom adimplemento do contrato e de tomar as medidas necessárias para não aumentar o seu prejuízo*, traduzindo o que no direito anglo-saxão é conhecido como *duty of mitigate*: o credor deve tomar as medidas necessárias e razoáveis, à vista das circunstâncias, o que traduz, também, como manifestação do princípio da razoabilidade;¹⁹¹

Como se vê, muito antes da vigência do novo Código Civil e da introdução da ideia de deveres acessórios/conceitos parcelares da boa-fé no direito brasileiro, Martins-Costa já sustentava que o artigo 77 da CISG era uma expressão da boa-fé estabelecida no artigo 7 deste instrumento, mencionando, para tanto, o dever de cooperação advindo nessa norma.

Para além dessa influência, verifica-se que a doutrina brasileira construiu a concepção de que o dever acessório de cooperação, advindo da boa-fé, é compatível com a ideia de *duty to mitigate the loss*. Assim, na visão de maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, a mitigação

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, abr./jun. 1995, p. 121-122.

seria uma subespécie do dever de cooperação, tendo em vista impor às partes uma conduta guiada a evitar a oneração da prestação da outra parte. O credor teria o dever de salvaguardar os interesses do devedor de forma a impedir que ele seja excessivamente onerado pela obrigação de indenizar¹⁹².

A noção de dever de cooperação se origina da ideia de que a relação obrigacional não se resume a prestações contrapostas, mas deve ser concebida como um processo de onde derivam direitos e deveres recíprocos. Essa linha de raciocínio foi adotada por Fradera na exposição de motivos do Enunciado 169:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no seu artigo 422, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato.¹⁹³

Nesse sentido, sustenta Gustavo Santos Kulesza que a mitigação de danos no direito brasileiro “assumiria feição de dever *strictu sensu*, obrigando o credor a cooperar com seu contratante, ainda que inadimplente, evitando que a obrigação de reparar do devedor torne-se excessivamente onerosa”¹⁹⁴. Logo, o comportamento do credor contrário à mitigação de danos consistiria violação positiva do contrato, porque configuraria “inadimplemento, independentemente de culpa”.¹⁹⁵

¹⁹² SAN MARTÍN, Lilian Cecilia. *Del 'deber' del acreedor de evitar o mitigar el daño*. Tese (Doutorado em *Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione Del Diritto e Diritto dell'Integrazione*)- Università Degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2010, p. 280.

¹⁹³ FRADERA, op. cit., p. 119.

¹⁹⁴ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos: evolução e desenvolvimento recíprocos entre o direito do comércio internacional e os direitos estatais*. 2014. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 186.

¹⁹⁵ O Enunciado n. 24 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. TARTUCE, Flavio. *Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda (duty to mitigate the loss), aplicação do Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). A

Assim, considerando a concepção cooperativa de contrato, a mitigação dos prejuízos surgiria naturalmente do princípio da boa-fé objetiva, no qual encontra seu fundamento jurídico. É nesse sentido que a doutrina encontra-se maciçamente dos quais pode-se citar Véra Maria Jacob de Fradera¹⁹⁶; Flávio Tartuce¹⁹⁷; Leonardo de Medeiros Garcia¹⁹⁸ e Thiago Luiz Santos Sombra¹⁹⁹. Nesse mesmo sentido é o magistério de Judith Martins-Costa:

Insere-se entre os deveres de cooperação e de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual, e se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva o dever de mitigação do prejuízo pelo credor (*duty to mitigate the loss*) oriundo do direito anglo-saxão, mas que vem sendo recepcionado pelos sistemas jurídicos continentais por via da concreção jurisprudencial dos deveres de agir segundo a boa-fé.²⁰⁰

A seu turno, Andrade e Ruas entendem que a mitigação de prejuízos está ancorada no princípio da boa-fé, mas não necessariamente a partir de uma visão cooperativa, em que o credor agiria em benefício do credor, a fim de diminuir o seu eventual prejuízo. Os autores ressaltam que não estão a negar a noção solidarista, mas sim a percepção de que o credor pauta sua conduta preferencialmente a partir da aludida visão de *fair play* da boa-fé, como instrumento de pura e simples correção, na medida em que esta percepção pretende coibir condutas que acarretem prejuízos desnecessários no âmbito do vínculo contratual²⁰¹.

outra face do Poder Judiciário, decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. V. 2. São Paulo: Del Rey, 2007, p. 66.

¹⁹⁶ FRADERA, op. cit., p. 116.

¹⁹⁷ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁹⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2008, p. 46.

¹⁹⁹ SOMBRA, Thiago Luiz Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9. n. 33, p. 307-342, jan. 2008.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. v. 5, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 344.

²⁰¹ ANDRADE; RUAS, op. cit., p. 128.

Apesar do entendimento contrário, a doutrina aponta que o dever de cooperação, advindo da boa-fé, respalda a recepção da regra de mitigação dos prejuízos. Ocorre que essa vinculação faz com que a mitigação de danos assuma feição de dever *stricto sensu*, o que, na concepção de Gustavo Santos Kulesza, é equivocado:

A concepção da mitigação de danos como dever, no sentido estrito do termo, pressupõe a existência de um direito subjetivo da outra parte. Nessa hipótese, o titular do direito subjetivo (devedor inadimplente) teria em suas mãos a possibilidade de buscar a execução específica da obrigação (dever de mitigar o próprio prejuízo) e a respectiva reparação em caso de descumprimento. Dito de outro modo, se a mitigação de danos fosse concebida como um dever, o devedor poderia exigir judicialmente que o credor inadimplido cumprisse a obrigação de mitigar e o indenizasse por perdas e danos.

Dessa forma, o autor conclui que, apesar de o princípio da boa-fé servir de fundamento para recepção do princípio da mitigação de danos no ordenamento brasileiro, não é possível concebê-lo como um dever acessório à relação contratual. Em verdade, a mitigação de danos possui natureza jurídica de encargo ou ônus.²⁰²

Segundo o autor, a norma de mitigação atua como um ônus jurídico imposto sobre o credor, de modo que, se age em conformidade com a norma, terá direito à reparação de todos os danos sofridos, caso contrário, não verá surgir o direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados. O ônus impõe, assim, um requisito para que se constitua, em benefício do credor, o direito à indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento.²⁰³

No Brasil, como destacou José de Oliveira Ascensão, o ônus não é matéria a que o direito civil dedicou detida atenção. Foi descoberto pelos

²⁰² KULESZA, op. cit., p. 187.

²⁰³ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 182.

processualistas “e só muito renitentemente vai sendo introduzida na teoria geral”.²⁰⁴

Em análise à doutrina do processualista José Frederico Marques, encontra-se disposta a concepção de ônus, bem como a diferenciação com a obrigação:

O ônus é um imperativo em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Descumprida a ordem legal contida num ônus, a consequência é um prejuízo para a pessoa que desatendeu ao preceito jurídico. [...]

O ônus não se confunde com a obrigação. Nesta, o mandamento legal é imposto em função de um interesse alheio, pelo que o obrigado não pode escolher entre cumprir ou não cumprir essa imposição.²⁰⁵

Ainda, conforme escólio de Daniel Novais Pires Dias, o ônus ou encargo “reflete a necessidade de uma conduta para a aquisição ou conservação de uma determinada vantagem jurídica pelo agente, mas sem que a sua inobservância lese outra pessoa ou faça surgir qualquer obrigação de indenizar”²⁰⁶. Assim, enquanto o dever surge para albergar um interesse jurídico alheio, o ônus se refere à conservação de um interesse jurídico próprio.

Dentro dessa concepção, no caso específico da mitigação de danos, a boa-fé objetiva impõe ao credor o ônus de adotar determinado padrão de comportamento (reduzir os prejuízos decorrentes do inadimplemento) a fim de conservar seu direito à reparação integral das perdas causadas pelo devedor.

Ressalta-se que o estudo da natureza jurídica do *duty to mitigate the loss* como um ônus será retomado no item 2.5 deste Capítulo, momento em que serão abordadas as doutrinas divergentes a exposta no presente.

Em resumo, segundo a maioria da doutrina brasileira, a boa-fé impõe o reconhecimento da norma de mitigação, seja por seu diálogo com as soluções adotadas pelo direito comparado, em especial a CISG, seja

²⁰⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Ônus. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 71.

²⁰⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 287-288.

²⁰⁶ DIAS, 2011, op. cit., p. 122.

pela integração com valores intrínsecos ao ordenamento jurídico e por concretizar objetivos e finalidades próprios do direito contratual brasileiro.

À vista da solidificada construção da relação entre a norma de mitigação e boa-fé, a qual foi impulsionada pelo Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil e pelo *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, o *duty to mitigate the loss* se expandiu no território nacional, ultrapassando a barreira da responsabilidade civil contratual e, ainda, do Direito Privado. O *duty to mitigate the loss* – que inexistia nas cortes até meados de 2004 – em poucos anos foi alçado à categoria de brocardo, e invocado em centenas de decisões.

Em um interessante reconhecimento internacional deste movimento jurisprudencial, decisões dos tribunais brasileiros aplicando o *duty to mitigate the loss* têm sido resumidas em inglês e reunidas na base de dados da Convenção de Viena²⁰⁷.

A crescente utilização do *duty to mitigate the loss* é reflexo de uma tendência facilmente diagnosticada nos tribunais: a de superdimensionamento do princípio da boa-fé. É crescente também a opção dos julgadores de buscar fundamentos principiológicos (p. ex., dignidade da pessoa humana) ao invés de aplicar regras devidamente positivadas para o caso. O grande apego à boa-fé leva inclusive à sua aplicação quando nem sequer a norma seria aplicável ao caso. É o que ocorreu na primeira decisão de um tribunal brasileiro que empregou, como norma aplicável de direito material, a Convenção de Viena das Nações Unidas de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

O caso ficou conhecido como “caso dos pés de galinha” e ganhou notoriedade, como dito, por ter sido o primeiro julgamento em que, de fato, um tribunal brasileiro aplicou as disposições da CISG para o veredicto.²⁰⁸

Na hipótese, a empresa Noridane Foods S.A., com sede na Dinamarca, ajuizou ação de rescisão contratual com pedido de indenização por danos materiais contra a Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda EPP., sediada no Brasil. O objeto do contrato era a

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#brazil>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70072362940*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Umberto Guaspari Subrack. Julgado em 14/02/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2017.

compra de 162 toneladas de pés de galinha congelados, no valor total de US\$117.450,00, sendo que a mercadoria deveria ser entregue no porto de Hong Kong, na China. Em 08 de julho de 2014, a compradora realizou o pagamento de US\$79.650,00, correspondente a quatro containers de produtos, todavia, passados mais de oito meses, a mercadoria ainda não havia sido embarcada.

À vista disso, a compradora passou a realizar sucessivas tentativas de contato com a vendedora, no entanto, não obteve notícia sobre a entrega das mercadorias. Ao final, postulou a rescisão do contrato, a devolução do valor pago e indenização pelos danos sofridos.

Após discorrer sobre a aplicação da CISG ao caso²⁰⁹, a existência do contrato entre as partes, bem como do inadimplemento por parte da vendedora, o Relator ressaltou que, além de não enviar as mercadorias, a compradora “nem ao menos diligenciou no sentido de responder aos *e-mails* enviados pela ora requerente”. E assim concluiu:

[...] em função disso, o que se tem é que, no caso concreto, a declaração judicial de rescisão do contrato não se dissocia do reconhecimento de *flagrante ofensa*, pela vendedora/demandada, do dever das partes contratantes de proceder segundo os ditames de boa-fé, o cânone maior das relações comerciais internacionais regidas pela “nova *lex mercatoria*”, como se infere da leitura do art. 1.7 dos Princípios Unidroit e do art. 7(1) da Convenção de Viena de 1980 – esse último, aliás, constituindo um comando explícito aos Juízes (estatais ou arbitrais) que a aplicam. Com efeito, no intuito de criar uma uniformidade de regras para o tratamento destinado às relações comerciais internacionais, a Convenção de Viena de 1980 estruturou a noção de contrato a partir de dois pilares fundamentais, a saber, *a autonomia privada* e *a boa-fé objetiva*, da qual se pode extrair, entre outros, o dever das partes de atuar com lealdade negocial, a impor aos contratantes a compreensão de que o contrato de compra e venda internacional de mercadorias há de ser entendido como uma relação de cooperação entre os que dela participam. No caso concreto,

²⁰⁹ A CISG ainda não havia entrado em vigor no plano interno, de modo que o instrumento internacional foi aplicado por se tratar de regramento costumeiro das relações comerciais internacionais.

como visto, houve frontal violação ao pilar da boa-fé, a ensejar a resolução do contrato, de conformidade com as demais normas a esse respeito ditadas pela Convenção.

De acordo com Fernando Kuyven e Francisco Pignatta, considerando as particularidades do caso, não haveria, no julgado, a necessidade de incidência da boa-fé nas suas funções interpretativa, delimitadora de direitos e/ou criadora de deveres anexos. Entendem os autores que o Acórdão não especifica qual conduta da requerida configuraria “violação frontal à boa-fé objetiva”, tal como prevista na CISG, acrescentando que “a partir dos fatos narrados nesta decisão, cogitamos que tal violação possa decorrer da falta de informação e, assim, da afronta aos deveres de cooperação e de lealdade, corolários do princípio da boa-fé”. E prosseguem:

Contudo, essa violação concreta do dever de informação não justifica, por si só, uma violação essencial e, por consequência, a rescisão do Contrato, considerando-se os princípios da boa-fé e do *favor contractus* inseridos na CISG. Lembre-se que o conceito de boa-fé a ser aplicado aqui é o do direito uniforme, e não o conceito doméstico brasileiro.²¹⁰

O julgamento do “caso dos pés de galinha” evidencia que há um apego excessivo do julgador brasileiro pelo princípio da boa-fé, aplicada no caso como ornamento decisório, na medida em que sua aplicação não interferia na conclusão final, sequer foi devidamente subsumida ao caso. Ainda que o fosse, vale ressaltar que o julgador olvidou-se do fato de que a boa-fé na CISG foi concebida como norma de interpretação e não de comportamento, o que demonstra a dificuldade em desapegar-se do direito doméstico, afrontando o objetivo de uniformização almejado pela CISG.

3.5 POSIÇÕES CONTRÁRIAS DA DOUTRINA: INEXISTÊNCIA DE LACUNA NO DIREITO CIVIL

²¹⁰ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco. *Judiciário brasileiro aplica pela primeira vez a CISG*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-19/judiciario-brasileiro-aplica-primeira-vez-cisg>>. Acesso em: 15 out. 2017.

Em que pese a maioria da doutrina brasileira fundamente o *duty to mitigate the loss* com base no princípio da boa-fé, há expressiva doutrina contrária, no sentido de que não haveria necessidade de recepção do instituto estrangeiro, na medida em que o direito brasileiro possui dispositivos que alcançam as mesmas consequências que a norma de mitigação, os quais estão relacionados às noções de lucros cessantes, nexo de causalidade e culpa concorrente da vítima.

Antes, porém, de analisar esses dispositivos é preciso ressaltar que, de modo esparso, o Código Civil de 2002 trouxe, pelo menos, três exemplos específicos de prevenção ao agravamento de danos, quais sejam, os artigos 430²¹¹, 769²¹² e 771²¹³. Muito embora a *ratio essendi* seja a mesma, não se trata exatamente do instituto, porque, em tais hipóteses, “a proatividade exigida do credor deve ocorrer antes do inadimplemento, ao contrário do que ocorre na *doctrine of mitigation* em que o dever de mitigar as perdas tem como pressuposto exatamente o incumprimento da obrigação, ou seja, há uma distinção quanto ao momento em que se torna exigível a conduta proativa”²¹⁴.

Primeiramente, o instituto dos lucros cessantes é invocado com frequência pela jurisprudência para justificar a exclusão da responsabilidade do devedor inadimplente pelos prejuízos que poderiam ter sido evitados pelo credor.

O artigo 402 do Código Civil de 2002, em repetição do artigo 1.059 do Código Civil de 1916, prevê que as perdas e danos devidas ao credor inadimplido abrangem o que ele efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. No tocante aos lucros cessantes, entende-se que a lei fixou um critério de “probabilidade objetiva resultante do

²¹¹ Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

²¹² Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

²¹³ Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.

²¹⁴ DICKSTEIN, Marcelo. *O Dever de Mitigação do Dano no Direito Brasileiro*. 20 11. 64 f. Trabalho de Conclusão (Pós Graduação *Latu Sensu* em Direito Civil-Constitucional)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 26.

desenvolvimento normal dos acontecimentos”.²¹⁵ Dessa forma, não se exige que o lesado comprove a certeza do ganho perdido, mas a mera possibilidade de lucro também não é indenizável.²¹⁶

À vista disso, Daniel Pires Novais Dias sustenta que, na análise dos lucros cessantes, a conduta do credor inadimplido insere-se nesta análise da normalidade no desenvolvimento dos acontecimentos após o não cumprimento da obrigação. Se, por exemplo, o credor inadimplido se recusa injustificadamente a adotar medida que evitaria ou reduziria a perda de lucro, esta perda não se inclui nas perdas e danos, por tratar-se, segundo o artigo 402 do Código Civil, de montante que irrazoavelmente se deixou de lucrar.

A seu turno, Gustavo Santos Kulesza, defende que, embora o Código Civil impeça a indenização dos lucros cessantes que a parte deixou de lucrar de forma irrazoável, o instituto dos lucros cessantes não é fundamento jurídico apropriado para internalização da mitigação dos danos no direito brasileiro. A principal razão para rechaçar essa relação “está no fato de que o princípio da mitigação de danos impede a indenização do credor por todo prejuízo evitável (sobretudo os danos emergentes) e não apenas os lucros cessantes”, acrescentando ainda que não é possível extrair do art. 402 do Código Civil brasileiro regra que exija do credor a adoção de medidas para reduzir seu prejuízo.²¹⁷

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 846.455*. Relator Min. Castro Filho, julgado em 10/03/2009. Publicado em 22/04/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=846455&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8>>. Acesso em: 14 ago. 2017. “Correspondem os lucros cessantes a tudo aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, ficando condicionado, portanto, a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. A condenação a esse título pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor. No caso, os lucros alegados decorrem de previsões baseadas em suposta rentabilidade de uma atividade empresarial que nem mesmo se iniciou. Assim sendo, não se pode deferir reparação por lucros cessantes se estes, em casos como o dos autos, configuram-se como dano hipotético, sem suporte na realidade em exame, da qual não se pode ter previsão razoável e objetiva de lucro, aferível a partir de parâmetro anterior e concreto capaz de configurar a potencialidade de lucro”.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: direito das obrigações*. v. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 372-373.

²¹⁷ KULESZA, op. cit., p. 171.

Além dos lucros cessantes, é invocada a previsão do nexo de causalidade como instrumento suficiente para solucionar a hipótese de agravamento do prejuízo pelo lesado.

O artigo 403 do Código Civil atual, repetição substancial do art. 1.060 do Código Civil de 1916, estabelece que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito “direto e imediato” da inexecução da obrigação, ainda que esta resulte do dolo do devedor. Atribui-se a essa expressão o necessário nexo de causalidade existente entre o descumprimento da obrigação e o dano.²¹⁸

Com base neste dispositivo, verificado que o dano decorreu da conduta do credor, que, por diversas circunstâncias, permitiu, a partir da conduta originária, um incremento do seu prejuízo, será passível de configuração uma situação de corte do nexo causal, afastando-se a indenização respectiva.

Fábio Siebeneichler de Andrade e Celiana Diehl Ruas sustentam que o pressuposto do nexo causal exerce um papel fundamental no que concerne à matéria da mitigação do prejuízo, pois, a partir da análise deste requisito, “poder-se-á efetivamente fixar, ou ao menos apurar, se o prejuízo sofrido resultou efetivamente da conduta do causador do dano ou decorreu de fatores alheios a ela”. Os autores ainda rebatem o argumento de que, nesse contexto, o lesado não possuía propriamente um dever de agir a fim de evitar o incremento do prejuízo, razão pela qual não se teria configurado uma interrupção do nexo de causalidade:

Contudo, o fato é que não obstante a ausência explícita de uma determinação para que o credor atue no sentido de atenuar os prejuízos, a solução estrita adotada pelo legislador brasileiro no citado art. 403 do CC/2002, que exige uma relação direta entre a conduta e o dano, para o fim de ressarcimento, não somente permite, como em nosso ordenamento conduz à adoção de uma conclusão favorável à solução que advoga que estes danos não são indenizáveis, pois não resultaram de uma vinculação direta da conduta do originário causador do dano.

²¹⁸ MARTINS-COSTA, 2009, op. cit., p. 354; TEPEDINO, SCHREIBER, op. cit., p. 377; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 384; CRUZ, G. S. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

Concluem que, a par do embasamento decorrente do princípio da boa-fé, a construção técnica adotada pelo direito civil brasileiro, no que concerne à responsabilidade contratual, favorece a adoção da tese pela mitigação dos prejuízos, ressaltando que o recurso à boa-fé deve ser subsidiário em razão da existência de estrita solução legislativa.

Por outro lado, para alguns autores, a utilização desse fundamento deixa de ter sentido quando a inércia do credor for a causa necessária do prejuízo. Se o credor não tinha o ônus de agir, sua omissão seria, em princípio, irrelevante, e, conseqüentemente, não poderia ser considerada a causa do prejuízo causado.

Segundo Lopes, essa incongruência evidencia que o nexo causal não basta para justificar todos os aspectos da mitigação de danos, especialmente quando credor permanece inerte:

O nexo causal poderia servir de fundamento para casos em que o credor tenha voluntariamente contribuído para aumentar os danos, mas não serve para outra gama de casos em que o credor não tenha agido para reduzir os prejuízos. Assim, a causalidade não serve como fundamento geral e, ao não permitir a visão global do problema, impede o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência acerca da mitigação.²¹⁹

Por fim, é invocado o instituto da culpa concorrente da vítima como instrumento capaz de fornecer a solução adequada à hipótese em que o lesado não adota medidas razoáveis para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo

Ao abordar o tema da culpa da vítima ainda sob a vigência do Código anterior, Yussef Said Cahali registrou que “Nossa jurisprudência é no sentido de que o responsável por um dano não pode ser prejudicado com a inércia da vítima, que não adotou, ela mesma, as providências necessárias para diminuir o dano.”²²⁰

Segundo Aguiar Dias, na verificação da culpa exclusiva da vítima deve-se analisar quem teve a melhor e mais eficiente oportunidade de evitar o dano, se o autor do dano ou a vítima, “porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção”²²¹.

²¹⁹ LOPES, op. cit., p. 166.

²²⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980, p. 144.

²²¹ DIAS, 2011, op. cit., p. 695.

O Código Civil de 2002 inovou ao estabelecer regra geral para regular os casos de culpa concorrente da vítima. Dispõe o artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização deverá ser fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

A posição sofre grande resistência da doutrina, segundo a qual não se pode extrair o “princípio” da mitigação de danos a partir da noção de concorrência da vítima por dois principais motivos. Primeiramente, em razão de os dois institutos atuarem em momentos diferentes da relação contratual, pois a concorrência da vítima atuaria no momento anterior, para a causa do evento danoso, enquanto que a mitigação teria lugar em momento posterior, para o agravamento deste evento. Em segundo lugar, pelo fato de a regra de concausa da vítima não impor expressamente em um ônus a ela de mitigar danos.

Ao analisar esses argumentos, Lígia Espolaor Veronese refuta-os sob o seguinte raciocínio: (I) a concorrência do ofendido não se limita ao momento de ocorrência do dano, mas também se estende à fase de seu agravamento²²² e (II) em que pese não haja, de fato, imposição, pela regra brasileira, de uma conduta do credor, como ocorre na regra da CISG, de mitigar o prejuízo, é inegável que os dois institutos são plenamente compatíveis, na medida em que são inspirados pelo mesmo princípio: ao credor só será devida a integral indenização pelo prejuízo sofrido a depender de seu comportamento em relação a este. Nas palavras da autora²²³:

Em ambos os sistemas, é a conduta da vítima (ativa ou omissa) que rompe o nexo causal entre o inadimplemento contratual e a ocorrência de danos. Tanto é assim que, em outros sistemas de *civil law*, ambas as regras (mitigação e concorrência da vítima) fazem parte do mesmo dispositivo legal.

²²² Neste sentido, MARTINS-COSTA, 2009, op. cit., p. 507; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte especial. Tomo XXII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 195-196,200.

²²³ VERONESE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena de 1980: Substituição e Complementação ao Direito Contratual Brasileiro no Tratamento dos Contratos de Compra e Venda*. 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 136-137.

Cita-se por exemplo, o artigo 1.227 do Código Civil Italiano, segundo o qual “*se il fatto colposo del creditore há concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravita della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”. A primeira parte do artigo refere-se à concorrência da vítima para ocasionar o dano, enquanto a segunda parte cuida da participação para evitar o dano. Semelhante é o tratamento conferido pelo direito alemão, pelo qual o grau de contribuição da parte lesada deve ser medido para o cálculo da indenização devida pelo ofensor.²²⁴

Em razão desses institutos, Daniel Pires Novais Dias defende que não haveria lacunas no ordenamento jurídico para os casos nos quais o credor permanece inerte na adoção de medidas aptas a evitar ou mitigar o próprio prejuízo, pois os artigos 402, 403 e 945 do Código Civil regulariam essas situações de negligência do credor. Dessa forma, “a recepção de uma regulação estrangeira como o *duty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resulta desnecessária”.²²⁵

²²⁴ Conforme §254 do BGB: “(1) *Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.* (2) *Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, das ser unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung*”. Tradução livre: “(1) Se a parte lesada tiver contribuído com culpa para a causa do dano, a obrigação de ressarcimento, bem como o seu alcance, deve levar em conta as circunstâncias, em especial, a extensão do dano causado por uma ou por outra parte. (2) O mesmo se aplica, quando a culpa da parte lesada se limita ao fato de esta ter se abstido de avisar o devedor sobre o perigo de um dano extraordinário, do qual o devedor não tinha conhecimento e nem pudesse conhecer, ou quando a parte lesada ter se abstido de evitar ou diminuir o dano. A regra do § 278 encontra correspondente aplicação”.

²²⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível em:

O autor afasta, também, a possibilidade de considerar o *duty to mitigate the loss* um dever acessório, afirmando que “a parte prejudicada ao agir para evitar ou reduzir danos tem primeiramente em vista à proteção do seu próprio patrimônio e reflexamente o não agravamento da situação do devedor inadimplemento”. Ademais, salienta que “a sanção pelo descumprimento refere-se tão somente à perda, no todo ou em parte, do direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados”.²²⁶

Prossegue aventando que a análise da existência de um dever acessório do credor de mitigar o próprio prejuízo impõe questionamento anterior acerca da existência ou não de um dever genérico das pessoas evitarem danos a si, análogo ao *neminem laedere*. Todavia, o autor rechaça essa possibilidade sob os seguintes argumentos:

A existência de um dever genérico de evitar danos a si no Direito civil brasileiro é elidida, primeiramente, pela existência de dispositivos que expressamente autorizam a diminuição do patrimônio, como a previsão genérica de renúncia à propriedade (art. 1.275, II, CC/2002), além de outras afins, como a remissão de dívida (art. 385, CC/2002), a doação (art. 538, CC/2002) e a renúncia de herança (art. 1806, CC/2002).

Nesse sentido, Dias argumenta que, apesar de inexistir lacuna no Código Civil que se tem pretendido sanar por meio de uma suposta recepção do *duty to mitigate the loss*, há um vazio teórico-dogmático no tocante à prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si, para cujo preenchimento propõe-se a inserção no Direito civil brasileiro da figura do encargo de evitar o próprio dano. Para o autor, esta figura seria a que “melhor se compatibiliza com a situação jurídica do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual em face da produção ou agravamento do próprio prejuízo”²²⁷.

À vista do exposto, filia-se ao entendimento de que o direito brasileiro, de fato, possui dispositivos capazes de albergar a situação de agravamento dos danos pelo credor de uma obrigação contratual inadimplida, o que não quer dizer que os institutos mencionados sejam

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

idênticos à norma de mitigação, mas que as consequências alcançadas com esse preceito também podem ser obtidas com a aplicação das regras relativas aos lucros cessantes, nexo de causalidade e culpa concorrente da vítima, soluções, aliás, que conferem inequívoca segurança jurídica e estabilidade à contraposição daquelas de caráter principiológico.

Além disso, a íntima associação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé, em que pese consolidada na doutrina e jurisprudência brasileira, foi construída despida de espírito crítico que deveria acompanhar a chegada de um elemento estranho, proveniente de um sistema estranho, ao ordenamento jurídico cuja coerência e estabilidade pretende-se assegurar.

Para além de desnecessária, a recepção do *duty to mitigate the loss* nos moldes propostos por Fradera e consolidados pelo Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal e pela jurisprudência, resultou na ocorrência de rupturas por ocasião da vigência da Convenção de Viena no Brasil, as quais serão tratadas no Capítulo seguinte.

4 A RECEPÇÃO DA CISG PELO BRASIL E AS RUPTURAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* PERANTE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Findo o estudo da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no qual explanamos variados aspectos (objetivos, estrutura, âmbito de aplicação e princípios) com aprofundamento na análise da norma contida no artigo 77 desse instrumento, bem como o estudo da internalização do *duty to mitigate the loss* ao ordenamento jurídico brasileiro, empreendida por conta de suposta lacuna normativa e tendo como amparo o princípio da boa-fé objetiva, cabe realizar, neste capítulo final, a necessária confrontação do instituto tipificado na CISG com o modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência brasileira, à vista da vigência da Convenção no país a partir de outubro de 2014, para buscar pontos de divergência e, se existentes, as rupturas advindas dessas diferenças.

Assim, o presente capítulo visa, inicialmente, explicar o momento e as características que marcaram a incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta que o país restou obrigado, no plano internacional, a partir de 1º de abril de 2014, todavia, no plano interno, apenas em 16 de outubro do referido ano.

Em seguida, delinear-se-á um panorama geral da aplicação do *duty to mitigate the loss* no Brasil no momento da vigência da Convenção e as rupturas doutrinárias e jurisprudenciais no tocante à abrangência do modelo previsto no seu artigo 77 da CISG. O termo “ruptura” vem empregado no sentido de interrupção, rompimento do modelo consolidado pelo direito brasileiro em virtude da existência de uma norma específica que a esse se contrapõe.

Adiante, para empreender a uma análise da relação da regra de mitigação com a boa-fé, examinar-se-á a boa-fé no cenário da CISG, temática que foi demasiadamente debatida entre os representantes dos países, em especial no tocante à amplitude desse princípio na compra e venda internacional de mercadorias, haja vista as diferentes concepções do instituto nas tradições jurídicas da *common* e *civil law*.

Por fim, verificar-se-á se, de fato, pode ser tida como genuína a relação estabelecida entre a regra de mitigação e o princípio da boa-fé. Percorrer-se-á a doutrina e jurisprudência a fim de examinar os mais substanciais fundamentos que aclamam essa relação ou que a rechaçam, sem esquecer que seus contornos repousam na *common law*.

4.1 HISTÓRICO SOBRE A INCORPORAÇÃO DA CISG AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De partida, é preciso estabelecer um histórico acerca da incorporação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Brasil a fim de pontuar um marco inicial de toda análise acerca da entrada em vigor desse instrumento internacional e pretensa ruptura com a concepção desenvolvida no direito brasileiro sobre a norma de mitigação.

Com efeito, muito se questionou acerca da longa ausência do Brasil na comunidade da CISG, uma vez que o país é uma das maiores economias do mundo e é visto como líder na economia da América do Sul. Dessa forma, adoção da CISG não há dúvidas, favoreceria o comércio com o Brasil ao mesmo tempo que colocaria o país juridicamente lado a lado com seus principais parceiros negociais, os quais há muito haviam aderido à CISG.

É preciso recordar, no entanto, que o Brasil participou ativamente da discussão e aprovação da CISG.

Dentre os 62 países que participaram da Conferência Diplomática da Organização das Nações Unidas (ONU) que adotou a CISG, o Brasil se fez ativamente presente, sendo uma das nações que assinaram o Ato Final (*Final Act*) aprovando a Convenção, durante a 12ª sessão plenária, de 11 de abril de 1980, conquanto não o tenha feito por meio de representante plenipotenciário. Assim, dada essa restrição expressa nos Anais da Conferência (relatando os *travaux préparatoires*), a Convenção mesma não foi assinada pelo Brasil.²²⁸

Representado pelo Sr. Franchini Netto, ministro de Primeira Classe para Assuntos Comerciais do Ministério das Relações Exteriores, embaixador e consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, o país pôde participar ativamente da discussão e elaboração do texto de cada um dos artigos da Convenção.²²⁹

²²⁸ ONU-UNCITRAL. United Nations Conference on Contracts for The International Sale of Goods. *Official Records*. Vienna, 10 March-11 April 1980. Nova York, United Nations, 1991, p. 234.

²²⁹ Necessidade de menção ao princípio da boa-fé no texto da Legislative History – 1980 Vienna Diplomatic Conference – 5th Meeting – 13 March 1980. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer1.html>. Acesso em: 12 ago. 2017; Obrigatoriedade de observação das leis internas de cada país: Legislative History – 1980 Vienna Diplomatic Conference. 11th Meeting – 18 March 1980. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstco>>

Em 13 de março de 1980, o Brasil foi nomeado, conjuntamente com outros países, membro do Comitê de Elaboração da Convenção²³⁰, além de ter participado também da eleição dos vice-presidentes da Conferência Diplomática e dos presidentes de cada Comitê.²³¹

Apesar dessa importante participação, somente em 4 de março de 2013, o Brasil depositou sua Carta de Adesão à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, tornando-se o 79º país contratante da CISG.

De acordo com a regra prevista no artigo 99 da CISG, a Convenção entrará em vigor “no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de doze meses contado a partir da data do depósito do décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão”²³².

Dessa forma, considerando a adesão em 4 de março de 2013 e tendo em conta a disposição específica da CISG, a Convenção entraria em vigor no Brasil em 1º de abril de 2014, todavia, uma questão legislativa brasileira acabou suscitando dúvidas em relação à data em que a CISG poderia ser considerada em vigor para partes brasileiras.²³³

Para compreender essa celeuma, importa traçar a linha dos acontecimentos legislativos envolvendo a CISG.

Primeiramente, em 08 de maio de 2012, a Câmara dos Deputados aprovou o texto da CISG e o Senado Federal, por sua vez, o aprovou em 16 de outubro do referido ano. Dois dias após essa aprovação, o Decreto Legislativo nº 538 foi publicado no Diário Oficial da União.

mmittee/Meeting11.html>. Acesso em: 13 ago. 2017. Reservas da CISG: Legislative History – 1980 Vienna Diplomatic Conference. 4th Meeting – 24 March 1980. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/2dcommittee/articles/meeting4.html>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

²³⁰ Legislative History – 1980 Vienna Diplomatic Conference. 5th Plenary Meetings – 13 March 1980. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary1-6.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²³¹ Legislative History – 1980 Vienna Diplomatic Conference. 3th Plenary Meetings – 11 March 1980. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary1-6.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²³² No original: 1) *La présente Convention entrera en vigueur, sous réserve des dispositions du paragraphe 6 du présent article, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de 12 mois après la date du dépôt du dixième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, y compris tout instrument contenant une déclaration faite en vertu de l'article 92.*

²³³ BENETI, Ana Carolina. Brazil and the CISG: a question of legal certainty. *Revista IHR – Internationales Handelsrecht*, v. 3, p. 98-101, jun. 2015, p. 98.

Posteriormente, em 04 de março de 2013 a Carta de Adesão foi depositada na Secretaria das Nações Unidas, de modo que, como dito, a Convenção deveria entrar em vigor no Brasil em 1º de abril de 2014 por força do disposto no artigo 99 da CISG.

Ocorre que, em 16 de outubro de 2014, foi publicado o Decreto Presidencial nº 8.327, o qual promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

Vale ressaltar que, na parte introdutória desse Decreto, há menção ao fato de que “o Governo brasileiro depositou, em 4 de março de 2013, o instrumento de adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral”, bem como que “a Convenção entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014”.

Nesse contexto, é que então se questiona: a partir de qual data a CISG entrou em vigor no Brasil?

Em artigo específico quanto ao tema, Ana Carolina Beneti menciona a existência de dissenso quanto a essa resposta e analisa a divergência entre os posicionamentos.²³⁴

Explana que, de um lado, há quem sustente que a CISG entrou em vigor em 1º de abril de 2014, haja vista a suficiência do Decreto Legislativo, porque a incorporação de uma convenção ou tratado é apenas uma atribuição legislativa. Segundo essa corrente, o Poder Executivo já havia manifestado aprovação ao texto da CISG com a adesão manifestada perante as Nações Unidas, de modo que seria apenas necessária a aprovação do Congresso, nos termos do artigo 84 da Constituição Federal. Nesse sentido, a CISG, uma vez aprovada pelo Congresso, se tornaria automaticamente parte da legislação após o período de *vacatio legis* previsto no artigo 99 da Convenção.

Por outro lado, expõe que outros autores defendem a necessidade de Decreto Presidencial para a entrada em vigor da Convenção, caso contrário, essa não pode ser considerada válida no Brasil. Esse posicionamento sustenta que a incorporação de convenções e tratados depende de um ato jurídico complexo que se desenvolve através de várias etapas obrigatórias até culminar em um decreto presidencial. Esse ato é resultante da combinação de duas vontades homogêneas: o Congresso, que decide definitivamente por decreto legislativo sobre tratados, acordos ou atos (artigo 49, I, da Constituição Federal) e o Presidente que, além de

²³⁴ Ibid., p. 98.

executar esses atos de direito internacional (artigo 84, VIII, da Constituição Federal) também tem como Chefe de Estado a autoridade para decretá-los por meio de um decreto.

Alguns estudiosos tentam explicar as diferentes posições em relação à necessidade de um decreto presidencial baseado nas teorias monista e dualista de incorporação dos tratados. Outros, porém, entendem que a controvérsia doutrinária em torno do monismo ou do dualismo não detém maior relevância prática, sendo até mesmo qualificada por Charles Rousseau como “*discussion d’ecole*”²³⁵.

Certo é que, independentemente do dissenso doutrinário acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento ocorrido em 04 de setembro de 1997, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3 DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, pacificou o entendimento de que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O julgado ainda proclamou que o iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.²³⁶

À vista desse entendimento, parece não remanescer dúvidas de que a Convenção de Viena somente entrou em vigor no Brasil com o Decreto Presidencial nº 8.327, em 16 de outubro de 2014.

²³⁵ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public Approfondi*. Paris: Dalloz, 1958, p. 3.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 480-3 DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 04/09/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

A propósito, é preciso esclarecer que o fato de a CISG ter entrado em vigor na referida data não quer dizer que, antes disso, o julgador brasileiro estava impossibilitado de usar esse instrumento internacional em eventual lide relacionada à compra e venda internacional de mercadorias. Assim, se, antes da ratificação da CISG pelo Brasil, uma empresa brasileira tivesse entabulado contrato de compra e venda de mercadoria com empresa de país signatário da CISG e, por acordo das partes, esse devesse ser o regramento aplicável para essa relação, deveria o julgador brasileiro, necessariamente, aplicar as disposições desse instrumento internacional, muito embora o país não fosse Estado-parte da Convenção, por força do princípio da autonomia das partes.

Em arremate, importa ressaltar que, em razão de a CISG não tratar de matéria de direitos humanos e, por isso, não ter sido aprovada pela maioria qualificada do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal²³⁷, esse instrumento não foi incorporado como emenda constitucional ou lei com status supralegal²³⁸. Dessa forma, a CISG situa-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

4.2 PANORAMA GERAL DA APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO BRASIL NO MOMENTO DA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO: RUPTURAS QUANTO À ABRANGÊNCIA DO MODELO PREVISTO NO ARTIGO 77

A par da discussão exposta no item anterior, a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias entrou em vigor no Brasil em 16 de outubro de 2014, de modo que, aportando aos tribunais

²³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²³⁸ O modelo da supralegalidade de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, mas não aprovados pela maioria qualificada no Congresso Nacional foi adotada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal.

brasileiros lide envolvendo compra e venda internacional de mercadorias, suas disposições devem ser observadas a partir de referido marco, ressalvado o disposto no artigo 6 da Convenção.²³⁹

Ocorre que, muito antes da vigência da Convenção de Viena no Brasil, a doutrina brasileira já analisava institutos jurídicos “eleitos” pela CISG e, ainda que sem maiores aprofundamentos, demonstrava intenção de importa-los, sobretudo à vista da bem-sucedida experiência vivenciada pela Convenção decorrente de seu elogiado conteúdo pela doutrina internacional e da expressiva quantidade de países que aderiram esse instrumento.

Diz-se “eleitos” porque, diferentemente do direito nacional, no qual a lei é criada em harmonia à específica tradição jurídica do país com o fito de disciplinar determinadas situações e, portanto, de aperfeiçoar institutos jurídicos, a CISG é resultado de tratativas conciliatórias de diversas delegações de juristas, oriundas de países de diversas tradições jurídicas e graus de desenvolvimento. Estas delegações de juristas não defendiam aquilo que se afigurava como o mais adequado sob o ponto de vista técnico-jurídico; defendiam o mais conveniente para o seu país, segundo critérios particulares, de cunho eminentemente econômico.

Tomas Comino entende que a prova irrefutável dessa circunstância é a história legislativa do artigo 7º da CISG, que trata da boa-fé, cuja extensão do conceito é longamente debatido entre diversos países, tópico, aliás, que será abordado adiante. Nas palavras do autor, “a CISG, portanto, não é um diploma ideal”, ressaltando que, em razão disso, decorre a importância institucional de iniciativas como a da Pace University e a das reiteradas reuniões e relatórios do CISG Advisory Council, sempre no sentido de promover a uniformização da interpretação da CISG.²⁴⁰

Dessa forma, o objetivo não era de aprimorar institutos ou consagrar estudos doutrinários, mas de refinar a prática comercial entre os países por meio de ferramentas legais capazes de conferir previsibilidade e segurança nas transações. Seu conteúdo foi elaborado para atender às mais diferentes tradições jurídicas e não para aperfeiçoar uma delas, em específico, tendo em conta, especialmente, os desafios do comércio internacional de mercadorias. A ideia é de generalidade e não

²³⁹ “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

²⁴⁰ COMINO, op. cit., p. 62.

de aprofundamento e/ou grande especialidade, hipótese que acabaria por afastar a ratificação da Convenção por muitos países.

Assim é que cada disposição da CISG foi debatida pelos representantes dos países – cada um tomando em conta seus interesses e tradições jurídicas – e, se esses divergiam do texto original, formulavam propostas de emendas, as quais eram submetidas à votação, tal como se deduz da obra do Professor Honnold, que narra, com riqueza de detalhes, o processo legislativo que resultou na CISG e por meio do qual se verifica a singularidade do referido processo.²⁴¹

Um dos institutos presentes na CISG e que inspirou um movimento de recepção é o *duty to mitigate the loss*. Muito antes da adesão do Brasil à Convenção, o instituto passou a ser objeto de estudo por parte da doutrina brasileira e, pode-se dizer, esse interesse decorreu da presença desse tema em instrumentos internacionais, em especial na CISG. Tanto que a menção à CISG se encontra no teor da justificativa para o Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal editado em 2005, ou seja, 9 anos antes da vigência desse instrumento internacional, bem como em diversas doutrinas que trataram do tema após a edição do mencionado enunciado.

Em razão da fácil adaptação do instituto – simples tradução já revela, em princípio, seu conteúdo –, e a suposta lacuna no direito civil brasileiro no tocante à exigência de mitigação de danos, tratada detalhadamente no Capítulo 2 deste estudo, esse passou a ser recebido como “novidade” pela comunidade jurídica e, como todas as novidades, foi objeto de numerosos artigos e capítulos de livros, não tardando também a figurar em decisões judiciais.

Não se critica a inspiração na CISG para internalização do instituto, pois como afirma Katz, a CISG representa uma solução de compromisso entre os institutos previstos nos vários sistemas jurídicos – *common law*, *civil law* e outras tradições – e foi o resultado da busca de “quais normas são melhores ou mais justas como matéria de política geral ou como compromisso internacional”²⁴².

O uso de convenções não ratificadas como fonte de inspiração ao direito doméstico é expressamente reconhecido por Maristela Basso, segundo a qual “enquanto o tratado ou convenção permanecer sem

²⁴¹ HONNOLD, 1989, op. cit.

²⁴² KATZ, Avery. Remedies for breach of contract under CISG. *International Review of Law and Economics*, Meppel, v. 25, p. 378-396, 2006, p. 378-379.

aprovação e ratificação internas, podemos usá-los como fonte material ou fonte de inspiração no caso concreto”.²⁴³

O que se nota, todavia, é que houve pouca reflexão sobre o modelo do instituto que serviu de inspiração para importação do *duty to mitigate the loss* no Brasil. Pouco se debateu sobre o porquê de uma Convenção Internacional albergar em seu texto essa previsão, tampouco qual teria sido o modelo seguido por essa Convenção e, portanto, quais contornos, fundamentos e finalidades são característico do instituto importado.

Desse contexto resultou que, quando a Convenção finalmente entrou em vigor no Brasil – e aí efetivamente passou-se a ter a previsão de *duty to mitigate the loss* nas relações de compra e venda internacional de mercadorias – o instituto já existia no Brasil de modo bastante difundido pela doutrina e jurisprudência, todavia, dissonante daquele que acabava de adentrar ao nosso ordenamento. Assim, a vigência da Convenção de Viena no Brasil causou verdadeiras rupturas doutrinárias e jurisprudenciais que serão detalhadas no decorrer deste Capítulo.

Especificamente, para análise das possíveis rupturas quanto à abrangência do princípio da mitigação de danos na CISG e no Brasil, é preciso retomar as principais características de que se reveste o instituto no instrumento internacional para então confrontar com o modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Na regência da CISG, em uma relação de compra e venda internacional de mercadorias, o comprador ou o vendedor, diante do inadimplemento contratual da outra parte, tem à sua disposição diferentes remédios ou sanções, podendo optar entre eles, desde que os respectivos requisitos estejam presentes. A CISG não estabeleceu a prevalência de um remédio sobre o outro como forma de assegurar a aceitação de países com diferentes tradições jurídicas.

Assim, se o vendedor descumprir o contrato, o comprador poderá: (a) exigir execução específica da obrigação (artigo 46); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (artigos 47 e 48); (c) declarar resolvido o contrato (art. 49); (d) ter direito a abatimento do preço, em caso de não conformidade (artigo 50); (e) receber indenização pelas perdas e danos (artigos 74 a 77).

²⁴³ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62. Ver também FERRARI, Franco. Defining the sphere of application of the 1994 “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *Tulane Law Review*, n. 69, 1995, p. 1234. FERRARI cita o uso da CISG como guia interpretativo por uma corte alemã antes de a convenção ter entrado em vigor na Alemanha.

Por outro lado, se o descumprimento for do comprador, o vendedor poderá: (a) exigir o pagamento do preço ou a execução específica de qualquer outra obrigação (artigo 62); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (artigos 63); (c) declarar resolvido o contrato (artigo 64); (d) realizar qualquer especificação que o comprador tenha deixado de fazer (artigo 65), (e) receber indenização pelas perdas e danos (artigos 74 a 77).

Portanto, a indenização por perdas e danos é um dos remédios à disposição do credor prejudicado pelo inadimplemento, dentre outras providências que pode requerer. O credor poderá, inclusive, agregar perdas e danos com outros remédios, desde que isso não leve a um excesso de compensação.²⁴⁴ Ou seja, as perdas e danos, na hipótese de cumulação deverão se restringir aos danos que efetivamente ocorreram apesar da adoção de outro remédio.

Como observado, os danos são a instituição corretiva dominante sob a CISG²⁴⁵. Uma parte prejudicada pode reclamar os danos previstos nos artigos 74-77, quando a outra parte não cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do contrato ou da CISG (artigo 45 (1) (b), 61 (1) (b)). Não há exigência de que os danos sejam baseados na culpa da parte que não executa. Ao exercer um direito a outros recursos, a parte prejudicada não está necessariamente privada de qualquer direito de reclamar danos.

Inserido na disciplina dos danos (*damages*), o *duty to mitigate the loss*, como referido no Capítulo 1, tem incidência limitada a apenas um dos remédios previstos na Convenção de Viena, o qual é tratado no artigo 74 deste instrumento internacional:

Seção II – Perdas e Danos

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele

²⁴⁴ MÜLLER-CHEN, Markus. Section III: Remedies for breach of contract by the seller. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods*, OUP, 2010, p. 528-529.

²⁴⁵ FISHER, G. E. Remedies for breach of contract under the International Sales Convention. *1 Macarthur L. Rev.*, n. 236, 1997, p. 254.

momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.²⁴⁶

Esta formulação claramente deve muito aos modos de pensamento da *common law*. O artigo 74 abrange as perdas consequentes e diretas e protege de forma implícita a expectativa, bem como as reivindicações de confiança. O projeto básico é colocar a parte prejudicada na mesma posição econômica como se o contrato tivesse sido executado.

Dentro desse regramento é que, se houver o inadimplemento do contrato, a apuração das perdas e danos levará em conta se os prejuízos poderiam ter sido mitigados pelo credor. Em caso negativo, a indenização corresponderá a todos os danos sofridos. Em caso positivo, levar-se-á em conta se foram empreendidas medidas nesse sentido, bem como se essas foram razoáveis para então estabelecer o valor da indenização. Desse contexto o que se deve ter em mente é que o *duty to mitigate the loss* incide tão somente após vislumbrado o dano pelo credor, na medida em que está inserido no capítulo específico dos danos (*damages*) da Convenção.

Compreendido os contornos do instituto na CISG, o qual aliás, também foi objeto de estudo no Capítulo 1, cabe debruçar sobre o panorama de aplicação do instituto no Brasil. Como tratado nesse estudo, o *duty to mitigate the loss* foi recepcionado pela doutrina e jurisprudência majoritária como um dever anexo da boa-fé objetiva, ressalvadas a respeitável doutrina em contrário. Como também examinado no capítulo anterior, a disseminação do instituto foi rápida no país e, em pouco tempo, o instituto tornou-se um brocardo de ampla aceitação pelos tribunais, inclusive sendo aplicado fora das hipóteses regidas pelo direito contratual.

Esse movimento jurisprudencial brasileiro tem sido registrado pela base de dados da Convenção de Viena, verificando-se que os julgados em que houve a aplicação expressa do *duty to mitigate the loss* têm sido resumidos em inglês.²⁴⁷ Analisar-se-á duas decisões presentes da referida base de dados, as quais foram proferidas antes mesmo da ratificação da

²⁴⁶ No original: “*Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract*”.

²⁴⁷ Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#brazil>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CISG pelo Brasil, portanto, aptas a revelar as minúcias do instituto que se desenvolveu no país.

A primeira decisão em que se registra a menção à utilização do artigo 77 da Convenção foi proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 1.170.013-1 em julgamento ocorrido em 03 de julho de 2007²⁴⁸, a qual consiste em paradigmático precedente da ampla abrangência conferida ao princípio da mitigação.

O caso envolvia contrato de fornecimento de combustível e comodato de equipamentos para posto de gasolina firmado entre a autora, Mercoil Distribuidora de Petróleo Ltda., e as rés, Auto Posto Shopping Diadema Ltda e Outros. Alegando descumprimento do contrato, a autora ajuizou ação de rescisão contratual c/c indenização por perdas e danos, danos morais e reintegração de posse em face das requeridas. Julgado parcialmente procedentes os pedidos, as rés interpuseram recurso de apelação.

No relatório do acórdão, extrai-se que a rés objetivavam a reforma da sentença em razão dos seguintes fatos: (I) a culpa da rescisão do contrato é da apelada, que agiu de forma lesiva impondo cotas mínimas de fornecimento, bem como realizando contrato ilícito de mútuo; (II) a cobrança de juros de 2% ao mês é abusiva, o que tornou impossível a aquisição dos produtos e, por fim, (III) a reintegração da apelada na posse dos equipamentos cedidos é injusta, pois ela a responsável pelo rompimento da avença.

Apesar desses argumentos, verificou-se, no corpo do acórdão, a construção da concepção do *duty to mitigate the loss*. Discorreu-se que (I) o princípio da boa-fé objetiva levou ao surgimento do Enunciado n° 26, do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil²⁴⁹; (II) a partir deste, tem lugar a aplicação de outro, o princípio "*duty to mitigate the loss*", ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, o que levou à aprovação do Enunciado n° 169 na III Jornada de Direito Civil daquele

²⁴⁸ A decisão foi assim ementada: POSTO DE GASOLINA - Fornecimento de combustível e comodato de equipamentos - Ação de rescisão contratual cumulada com indenização e reintegração de posse - Descumprimento contratual pelos réus caracterizado - Alegação de existência de contrato de mútuo com estipulação abusiva de juros - Irrelevância - Reintegração na posse dos equipamentos - Admissibilidade - Redução do valor da multa, porém, que se impõe - Recurso provido em parte, por maioria.

²⁴⁹ "A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes".

mesmo Conselho, inspirado no artigo 77 da CISG; (III) em reforço, em 1º de julho de 1.964, na Convenção de Haia, artigo 88, estabeleceu-se o princípio do dever do credor de mitigar o dano, com respeito à Lei Uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais, ressaltando ainda, quanto aos contratos de comércio internacional, os princípios publicados em Roma, em 1.994, e o Código Europeu de Contratos.

Na análise do caso concreto, o Tribunal Paulista alinhou a seguinte conclusão:

Verificando eventual descumprimento do contrato pelos apelantes, deveria a distribuidora de combustíveis acioná-los imediatamente, não os fazendo acreditar em perdão, desinteresse, não cobrança, não esperando, mesmo, o agravamento da situação econômica deles, impedindo-os de reagir, já no meio de uma dificuldade ou crise econômica, ante o montante exagerado do aludido débito, pois segundo o art. 422, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. No caso, a credora se manteve inerte durante quase um ano, ante o descumprimento por parte dos devedores, vendo crescer a dificuldade e o prejuízo deste, sem procurar evitar ou, ao menos, minorar tal perda. Perda que poderia ter sido evitada, sem maior prejuízo aos mesmos.²⁵⁰

O caso em tela, à semelhança ao *leading case* do Superior Tribunal de Justiça²⁵¹, trata sobre o exercício tardio de um direito (*supressio*), o qual, todavia, não se confunde com o princípio da mitigação, como exposto oportunamente na análise do precedente da Corte Superior. Em verdade, entendemos que a aplicação do *duty to mitigate the loss* ao exercício tardio do direito acabou, no caso concreto, acarretando violação à segurança jurídica e ao direito ao prazo prescricional fixado em lei.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Décima Sexta Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n. 1.170.013-1*. Relator: Des. Candido Alem. Julgado em 03/07/2007. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=673382&cdForo=0>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁵¹ BRASIL, 2010b, op. cit.

Como se vê, a decisão conferiu uma abrangência bastante ampla à mitigação, fugindo aos estritos limites contidos na norma do artigo 77 da CISG.

A segunda decisão mencionada na base de dados da CISG é proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁵², sendo proferida na Apelação n. 70025609579²⁵³, julgado em 03 de julho de

²⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. *Apelação Cível n. 70025609579*. Relator Designado: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 20/05/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁵³ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C LUCROS CESSANTES. DANO DIAGNOSTICADO EM MÁQUINA. CONserto. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO “LOSS OF PROFITS”. INOBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO.

1- Lucros Cessantes: As provas constantes nos autos não permitem aferir o lucro cessante experimentado pela autora, por conta da desventura do negócio jurídico entabulado com a ré. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o ‘loss of profits’ no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora.

2- Dever de mitigar o próprio prejuízo: a parte que invoca o revés financeiro derivado de infortúnio negocial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do evento danoso – standard de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial, e que não foi diagnosticado no agir da parte autora.

3- Ônus de sucumbência: por conta do decaimento da parte autora, cumpre redimensionar os ônus de sucumbência, à razão de 80 % (autora) e 20% (ré), no referente às custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, é de ser majorada a verba honorária fixada em valor que atenda ao comando estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. Verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora.

4- Multa prevista no artigo 475-J e Fase de Cumprimento da Sentença: considerando que ainda nem sequer encerrou a fase cognitiva, não é o momento processual para discorrer acerca do termo inicial da multa prevista no artigo 475-

2017. A autora, Indústria e Comércio de utilidades do lar, ajuizou ação de indenização c/c lucros cessantes contra a empresa requerida, que exerce atividade de comércio e representações. Narrou que, em 20/12/05, adquiriu da empresa ré uma máquina de eletroerosão, no valor de R\$ 12.500,00, que, no dia da entrega, já não operava, devido a alegado problema elétrico. Alegou que somente houve o conserto da máquina em 20/02/06, sendo que, após várias negociações, foi adquirida outra máquina, mais cara, com a devolução de todas as despesas, ao seu exclusivo encargo.

Desta forma, sustentou desde a aquisição da máquina, em 20/12/05, até a data da devolução, com a consequente compra de outro equipamento, em 28/04/06, ou seja, quatro meses, a máquina ficou parada na empresa, o que lhe acarretou enorme prejuízo. Nesse contexto, a autora postula no recurso a recebimento dos valores relativos ao que deixou de ganhar com a inatividade da máquina adquirida, ou seja, os lucros cessantes.

Alinhavado os argumentos referentes à internalização do *duty to mitigate the loss* pelo Brasil, concluiu o julgador:

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas acerca do ônus incumbido à parte que sofreu o dano: agir de forma razoável, dentro da realidade circundante, de modo a mitigar o prejuízo. Ou seja, impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado.

Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o *loss of profits* no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC.

Da análise do caso, verifica-se que, apesar da intenção do Relator de empregar o *duty to mitigate the loss* aliando o Enunciado n. 169 do

J, muito menos sobre os honorários da fase executiva. Excluídos da sentença os dispositivos atinentes à outra fase processual. Apelo parcialmente provido.

Conselho da Justiça Federal à norma prevista na CISG, haja vista o registro de que “O enunciado encontra inspiração, funcionalidade e legitimidade no sopro de *Common Law* do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980”, aplicou-o de modo dissonante do modelo previsto pela CISG, especialmente no tocante ao ônus da prova.

Isso porque, em que pese na CISG não haja dúvidas de que compete à parte inadimplente demonstrar que não houve a adoção de medidas mitigadoras ou que essas não foram razoáveis, no julgado o Relator foi categórico ao atribuir à parte lesada o ônus da prova relativamente a essas medidas, aplicação que, como dito, malfere as balizas do instituto. Deveria o julgador ter utilizado normas pertinentes ao nexo de causalidade ou culpa concorrente a fim de alinhar o presente desfecho, o que conferiria legitimidade à decisão.

Esses casos, é de se frisar, foram julgados antes do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça. Certo é que, consagrado o instituto na jurisprudência da Corte Superior²⁵⁴, a outros tantos casos foi aplicado o *duty to mitigate the loss* e para as mais diversas relações jurídicas de direito material e, também, processual. Apenas a título de amostra, num panorama desses aproximados 4 anos de vigência da Convenção, encontrou-se a aplicação do *duty to mitigate the loss* no âmbito de relação consumerista²⁵⁵, bancária²⁵⁶, telefonia²⁵⁷, bem como sucedâneo do

²⁵⁴ Ver *leading case* do Superior Tribunal de Justiça tratado no Capítulo 2 deste estudo.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1001782-24.2015.8.26.0576*. 30ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgado em 21/2/2018. Publicado em 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11204362&cdForo=0>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70053435400*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Liege Puricelli Pires. Julgado em 08/05/2013. Publicado em 20/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70070093760*. Décima Câmara Cível. Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

instituto da *supressio*²⁵⁸, sendo também frequente a sua utilização para a resolução de casos envolvendo responsabilidade extracontratual²⁵⁹.

A doutrina, no mesmo passo, dedicou-se ao aprofundamento do tema reforçando a relação com a boa-fé objetiva, ressaltando-se que muitos autores nem sequer abordam a divergência de posicionamentos quanto à existência de dispositivos legais capazes de solucionar as hipóteses submetidas ao brocardo da mitigação²⁶⁰ ou mesmo ou a existência de fundamentos diversos suscitados pela doutrina especializada da CISG para essa norma.²⁶¹

Certo é que poucos foram os trabalhos voltados à análise do *duty to mitigate the loss*, vigente no Brasil por força do artigo 77 da Convenção

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0038458-27.2011.8.26.0576*. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Giffoni Ferreira. Julgado em 24/10/2017. Publicado em 25/10/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10912293&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70072880990*. Décima Câmara Cível. Relator Des. Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 27/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1000565-39.2017.8.26.0005*. 14ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Abrão. Julgado em 06/12/2017. Publicado em 06/12/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11043982&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1000621-61.2016.8.26.0505*. 19ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Des. Cláudia Grieco Tabosa Pessoa. Julgado em 02/10/2017. Publicado em 30/10/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10929964&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2014.093137-5*. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator Des. Ronei Danielli. Julgado em 12/05/2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=duty%20to%20mitigate&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALL/pAAN&categoria=acordao>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁶⁰ MAGALHÃES, José Carlos; VISCONTE, Debora. A mitigação de danos pelo credor. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁶¹ NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 422, p. 31-46, dez. 2012.

de Viena, com viés crítico ao modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Daí porque a originalidade da pesquisa ora apresentada.

Ocorre que, para além de confundido com outros institutos também relacionados com a boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*, *supressio* dentre outros), percebe-se que as características básicas da norma de mitigação são, muitas vezes, olvidadas nos julgamentos pátrios, podendo-se falar em “mitigação à brasileira” por conta dos novos moldes conferidos por nossos tribunais, muito mais amplos que aqueles concebidos pela norma da CISG. Exemplo disso, é o julgamento ocorrido em 2016 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi exigido um “dever preventivo” de mitigação, mesmo não havendo sinais de inadimplemento pela parte contrária, afrontando, portanto, um requisito elementar do instituto²⁶².

O caso, paradigmático em razão das numerosas ações idênticas que aportaram ao Tribunal Gaúcho (em torno de 300 ações), envolveu a realização de audiência pública e demais atos processuais relativos ao procedimento de resolução de demandas repetitivas. O autor, fumicultor, alega que, em decorrência de interrupção do fornecimento de energia elétrica (no período de 2 horas) por falha do serviço da requerida, ficou impossibilitado de realizar a secagem do tabaco em estufas elétricas. Em razão disso, houve perda da qualidade do fumo, acarretando danos materiais, razão pela qual postulou a respectiva indenização.

Após discorrer, com profundidade, sobre o *duty to mitigate the loss*, o Relator traçou o seguinte raciocínio: Se os fumicultores, pela especificidade do cultivo a que se dedicam, não podem sofrer interrupção de energia elétrica no momento mais crítico da secagem do seu produto; se essa interrupção de energia é quase inevitável, cedo ou tarde, diante das intempéries climáticas a que estamos sujeitos no período do verão; se tais prejuízos podem ser evitados mediante a instalação de um gerador tipo nobreak; se isso é possível ser feito a relativamente baixo custo, como se constatou durante o painel a que se aludiu anteriormente; então disso tudo decorre que é razoável exigir-se que os fumicultores adotem tal providência para evitar os danos, em nome da racionalidade econômica e jurídica a que se referiu acima.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70069954626*. Nona Câmara Cível. Relator: Des. Eugenio Facchini Neto. Julgado em 14/12/2016. Publicado em 03/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2017.

Assim e sob o fundamento do *duty to mitigate the loss*, a Câmara reformou a sentença para reformar a sentença para fixar a indenização no montante correspondente a 1/3 dos danos comprovados.²⁶³

²⁶³ O julgado contou com a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SECAGEM DE FUMO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DO FUMICULTOR DE ADOTAR PROVIDÊNCIA PARA EVITAR O DANO. ESPECIFICIDADE DE SUA CULTURA AGRÍCOLA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE GERADOR PRÓPRIO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. “HAND FORMULA”. CHEAPEST COST AVOIDER. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA APENAS EM PARTE. REPARTIÇÃO DOS RISCOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

1. Contam-se aos milhares os processos judiciais ajuizados por fumicultores de nosso Estado, pretendendo a responsabilização civil das concessionárias de energia elétrica, em razão de perdas de produção do fumo devidas à interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, esta Câmara passou a entender ser razoável exigir-se dos fumicultores que estejam preparados para as inevitáveis e previsíveis intempéries climáticas anuais em nosso Estado, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. 2. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. Constatando-se que os custos para instalação de um gerador não é elevado, ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas, é razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos. Como fundamento para tal exigência, invoca-se a doutrina do “duty to mitigate the loss”, que vem tendo boa acolhida doutrinária e jurisprudencial em nosso país, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional. À míngua de legislação específica, tal doutrina coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva. 3. CHEAPEST COST AVOIDER. Caso se examine a questão sob a ótica da análise econômica do direito, pode-se invocar a doutrina do *cheapest cost avoider*. Esta doutrina defende a idéia de que um critério objetivo para minimizar perdas e evitar custos consiste em tentar identificar quem pode evitar o dano a um menor custo. No caso em tela, diante da inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor, com a aquisição de gerador no - break. 4. Igualmente é possível a invocação da conhecida “FÓRMULA DE H A N D” (H a n d Formula), segundo a qual pode-se identificar uma negligência quando o custo para se evitar o dano é inferior ao valor do potencial prejuízo, multiplicado

Na hipótese, verifica-se que a decisão tem por objeto a análise do inadimplemento de contrato de prestação de serviço público (energia elétrica), primeira evidência do alargamento do princípio da mitigação no Brasil. Não bastasse isso, a decisão é equivocada quanto aos fundamentos que a trilharam para esse desfecho. Da forma como alinhavado na decisão, percebe-se que foi criada uma hipótese de “*duty to mitigate* preventivo”, ou melhor dizendo, obrigação de adoção de medidas para evitar danos hipotéticos, o que só em si evidencia o quanto o instituto foi transmutado, pois que é pacífico que a norma de mitigação apenas tem lugar após a ocorrência do dano²⁶⁴.

A propósito, deve-se ressaltar que a *common law* aceita a possibilidade de inadimplemento antecipado (*anticipatory breach*), quando uma das partes repudia o contrato ou quando uma das partes tem razões para acreditar que a outra não irá cumprir. De qualquer forma, a norma de mitigação somente será aplicável depois de ocorrido o inadimplemento, seja ele regular ou antecipado.²⁶⁵

No caso, tudo leva a crer que não havia, por parte dos fumicultores, sérias razões para acreditar que a concessionária iria inadimplir, na medida em que sequer foi mencionada a existência de aviso prévio da interrupção, bem como não se analisou se, num determinado período de tempo, teria ocorrido outras interrupções aptas a criar a forte convicção de haveria nova falha no serviço justamente no momento crucial do cultivo do fumo.

Esse é um exemplo, dentre tantos outros, da extrema cautela que deve permear a utilização de institutos estrangeiros. A decisão tratou de diversos institutos de modo exaustivo e até mesmo monográfico, o que não evitou, contudo, a aplicação desfigurada da norma de mitigação.

pela probabilidade de que ele venha a ocorrer. No caso dos fumicultores, tal custo é relativamente reduzido (instalação de gerador no - break), comparando-se com a previsível ocorrência de prejuízos derivados mesmo de curta interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. 5. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. Ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima pode perder, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. Esse efeito pode ser extraído da análise dos arts. 402, 403 e 945 do CC. Doutrina a respeito.

²⁶⁴ FARNSWORTH, E. A. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. New York: Aspen, 2004b, p. 232.

²⁶⁵ BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocates' Quarterly, Agincourt*, v. 13, n. 3, p. 273-307, 1992, p. 285-286.

O equívoco, a nosso ver, ocorre em razão da base em que se solidificou o *duty to mitigate the loss* no Brasil: a boa-fé objetiva.

Com largo espectro de atuação na relação contratual, típica das cláusulas gerais, a boa-fé tem a aptidão de servir de fundamento para decisões versando sobre a definição de responsabilidade contratual, bem como sobre a quantificação de danos entre tantas outras relacionadas à dinâmica contratual. À vista dessa maleabilidade, o julgador, amparado na premissa de que o *duty to mitigate* é dever acessório da boa-fé, acabou por aplicar a ele o mesmo espectro de atuação, o que é incongruente com os contornos do instituto, definidos para atender a específicas hipóteses.

Dessa forma, a entrada em vigor da Convenção de Viena, na qual há previsão do *duty to mitigate the loss* com contornos e finalidades específicos, nos termos do artigo 77, os quais sabidamente são inspirados no modelo da *common law*, evidencia a ruptura com o modelo de mitigação de danos desenvolvido no Brasil que, inusitadamente, teve a CISG como instrumento de inspiração.

Ressalta-se que, no sistema da CISG, o *duty to mitigate the loss* faz perfeito sentido. No contexto internacional, as distâncias física e cultural entre comerciantes elevam os custos de transação, o que tende a repercutir, negativamente, no preço do produto comercializado. A CISG – cujo inegável objetivo é uniformizar o comércio internacional – ao estabelecer o *duty to mitigate the loss*, cria um mecanismo de redução de riscos, um incremento à estabilidade das relações comerciais internacionais.

Tecendo crítica à importação do *duty to mitigate the loss*, Otávio Luiz Rodriguez Junior ressalta inicialmente a diferença dos regimes de indenizações do direito norte-americano e inglês, adeptos da *common law*, ressaltando que nos Estados Unidos e Inglaterra são “notoriamente altos”. Articula, assim, que essa ausência de limites determinou uma reação jurisprudencial em ordem a controlar os excessos na reparação, o que se logrou com a mitigação das causas geradoras da indenização. Com vistas ao direito brasileiro, o autor ponderou que

No Brasil, ademais, não há um “princípio geral” que obrigue alguém a não sofrer prejuízo ou dano. Afinal, se isso fosse correto, não haveria figuras como a remissão de dívidas ou a doação. Na verdade, o uso do “*duty to mitigate the loss*”, se necessário, só se daria em situações muito remotas e não cobertas por normas legais (como as relativas à boa-fé do dono da coisa sinistrada) ou por

princípios já contemplados no direito posto (como a boa-fé objetiva e suas figuras parcelares). Sua generalização para tantas hipóteses já alcançadas por previsões normativas ou principiológicas pode ser vista como um exemplo do “consumismo conceitual” ou de “formulação simplificadora”.²⁶⁶

Em resumo, o fundamento da boa-fé objetiva, tal como desenvolvido pelo Brasil, torna o instituto dissonante daquele concebido na CISG, confere amplitude demasiadamente elástica e desfigura importantes balizas definidas pela CISG. Acaba acontecendo um duplo equívoco: o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no Direito estrangeiro.

Resta, no entanto, analisar se a boa-fé, na forma como concebida pela CISG, respalda a existência dessa relação tão estreita, firmada na doutrina e jurisprudência brasileira, com a norma de mitigação. Para tanto, em primeiro lugar, é preciso compreender a boa-fé no ambiente da CISG, o que será tratado no item a seguir.

4.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CISG E A PROBLEMÁTICA DA ABRANGÊNCIA

Os padrões de boa-fé podem ser encontrados no conceito de *bona fides* desenvolvido no direito romano, o qual aparentava ser um mecanismo útil para permitir uma descrição judicial, e, consequentemente, auxiliou no desenvolvimento do direito contratual romano. Noções semelhantes foram desenvolvidas nos sistemas legais nacionais, como, por exemplo, a noção de *Treu und Glauben* no direito alemão e *bonna foi* no direito francês, assim como variantes desse conceito em outros sistemas legais. Entretanto, no direito inglês, a posição é contrária: não há obrigação geral de boa-fé no direito contratual, fato

²⁶⁶ RODRIGUEZ JUNIOR, Otavio Luiz. *Problemas na importação de conceitos jurídicos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais>>. Acesso em: 10 out. 2017.

que aparenta ter sido a principal razão para a não ratificação da CISG²⁶⁷, razão pela qual pode-se considerar que as previsões de boa-fé possuem uma importância considerável dentro da CISG.

A boa-fé encontra previsão no artigo 7 da CISG, o qual estabelece

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.²⁶⁸

Um volume considerável de literatura tem crescido em cima desse artigo específico, especialmente o papel que a boa-fé possui dentro do sistema da CISG²⁶⁹, bem como o que pode ser considerado no termo “boa-

²⁶⁷ HOFMANN, N. Interpretation rules and good Faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe. *Pace International Law Review*, v. 22, n. 1, 2010.

²⁶⁸ No original: “(1) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.* (2) *Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law*”.

²⁶⁹ Há exaustiva bibliografia do comentário ao artigo 7, podendo-se destacar as seguintes: BUTLER, P. The use of the CISG in Domestic Law. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, p. 7-27, 2011; FLECHTNER, Harry. Comparing the general good faith of the PECL and the UCC: appearance and reality. *13 Pace International Law Review*, p. 295-337, 2001; FELMEGAS, J. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: article 7 and uniform interpretation*. Tese de PhD, University of Nottingham, 2000; POWERS, P. J. Defining the indefinable: good faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *18 Journal of Law and Commerce*, p. 333-353, 1999; KEILY, T. Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *3 Vindobona Journal of International Law and Arbitration*, p. 15-40, 1999.

fé”²⁷⁰, tendo em vista que a noção legal de “boa-fé” utilizada em tantos países, principalmente os integrantes da tradição da *civil law*, não possui um único significado ainda que sob a ótica das legislações domésticas. Mesmo na Alemanha, onde a boa-fé é reconhecida há mais de cem anos e existe uma extensa biblioteca de casos relevantes, nenhuma definição de boa-fé foi estabelecida.²⁷¹

Conforme destacado por Farnsworth, a boa-fé “tem sido durante muito tempo a menina dos olhos dos redatores”²⁷². Não há dúvidas que enquanto o conceito de boa-fé pode não se encaixar em categorias de temas específicos, ela é, ao menos, em alguns sistemas legais, considerada de grande importância para a lei moderna geral dos contratos. Isto imediatamente levanta o questionamento de como outros sistemas legais lidam sem ela.

Por sua ampla utilização, é natural que esse dever tenha se estendido aos acordos e contratos internacionais. As regras de boa fé e de negociação justa podem ser encontradas em vários textos legais uniformes relativos a transações internacionais, incluindo textos da UNCITRAL. No entanto, o problema ainda existe quanto a que alcance o dever de boa-fé e a extensão em que governaria a relação entre as partes contratantes.

No âmbito da CISG, noticia-se que, desde o primeiro momento em que foi apresentada nas conferências para a enunciação da Convenção, a expressão “boa-fé” foi efusivamente repudiada pelos representantes de países de sistemas legais de direito consuetudinário, sobretudo porque a proposta para inclusão do conceito ter sido apresentada quando os delegados discutiam questões de formação do contrato regulado pela Convenção.²⁷³

²⁷⁰ Ver, por exemplo, ALSTINC, Michael P. Van. *Dynamic Treaty Interpretation*, 146 U. PA. L. REV. 686, p. 778-82, 1998, no qual se discute as discordâncias sobre o significado de boa fé e argumenta que deveria ter um papel expansivo na CISG; GILLETTE, Clayton P.; SCOTT, Robert E. The Political Economy of International Sales Law. 25 INT'L REV. L. & ECON. 446,452, 2005.

²⁷¹ POWERS, P.J. Op. Cit, p. 334.

²⁷² FARNSWORTH, E. Allan. Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code. 30 U. Chi. L. Ver. 666, 667, 1962.

²⁷³ FINKELSTEIN, Cláudio. Um sistema comercial global e a boa-fé dos contratantes. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 200.

Em estudo aprofundado sobre os alegados benefícios da boa-fé, Sean Thomas e Camilla Baasch Andersen abordam a concepção da boa-fé na *common law*:

No caso líder inglês, *Walford v. Miles*, Lord Ackner, falando sobre a Casa dos Lordes, declarou que “o conceito de um dever de realizar negociações em boa-fé é inerentemente repugnante à posição adversarial das partes quando envolvidas em negociações”. Poderia ser dito que o direito inglês carinhosamente desconsidera que a “boa-fé” esteja relacionada com a “negação geral da teoria do abuso de direitos”: a abordagem inglesa para resolver inadimplementos contratuais também pode “refletir o foco do direito inglês em negociações comerciais de grande escala, realizadas entre aptos negociadores, negociando em nome de terceiros [...] as partes tendo direito de ignorar todas as considerações de decência e jogo limpo”.

A razão para isso pode ser que “não é fraude ter vantagem sobre os direitos legais, pois sua existência pode ser considerada de conhecimento de ambas as partes”²⁷⁴, mas uma justificativa mais reveladora do cuidado do judiciário inglês sobre a boa-fé vem de Slade LJ no Tribunal de Apelação: “A lei não pode policiar a honestidade de cada contrato comercial com base em princípios morais”²⁷⁵. Esta desconexão entre o comércio e a moral, a preferência pelo “pragmático ao invés da moral [...] não é [...] porque os ingleses foram menos influenciados por considerações morais do que outros países, mas sim porque no momento em que o direito consuetudinário estava crescendo eles estavam mais interessados do que os outros no comércio e então o direito consuetudinário contratual foi desenvolvido em sua grande maioria para servir o comércio”²⁷⁶.

²⁷⁴ *In re Monolithic Building Co.* [1915] 1 Ch 643 (CA) 663 (Lord Cozens-Hardy MR).

²⁷⁵ *Banque Financiere de la Cite AS v. Westgate Insurance Co. Ltd.* [1989] 2 All ER 952 (CA) 1013.

²⁷⁶ DELVIN, P. *The enforcement of morals* (OUP, Oxford 165) 44.

Assim, mesmo no início do processo de redação existiam dúvidas sobre a eficácia da obrigação de boa-fé dentro de uma convenção internacional de vendas, especialmente à luz dos questionamentos se a obrigação era suficientemente definitiva. O histórico documentado da CISG indica que essas questões são dúvidas que se referem à viabilidade da “advertência moral” em tal convenção “se tal princípio moral fosse elevado ao status de obrigação legal, ele [seria] imperativo ao determinar como seria aplicado nas negociações particulares”²⁷⁷.

Outro problema era a improbabilidade de “desenvolver um corpo coerente para a jurisprudência [...], como tribunais nacionais seriam influenciados por suas próprias tradições legais e sociais”, culminando em uma indesejada incerteza no comércio internacional.²⁷⁸ Uma maior dificuldade referiu-se à falta de normas como consequência do inadimplemento da obrigação de atuar em boa-fé com o resultado sendo uma sugestão que tal obrigação realmente pertenceu a previsões que governam a validade dos contratos, o que está fora da CISG.

Conforme noticia Alexander S. Komarov, houve muita discussão na UNCITRAL sobre a conveniência em incluir na Convenção uma previsão geral de boa-fé e negociação justa as quais poderiam ser estendidas à formação do contrato assim como à aplicação e interpretação das disposições da Convenção.²⁷⁹

Após muita discussão, decidiu-se privilegiar a “observância da boa-fé no comércio internacional” na interpretação da CISG, o que refletiu um acordo entre os Estados que preferiam um dispositivo impondo, de forma direta, o dever de agir de boa-fé às partes e aqueles que se opunham a qualquer menção explícita àquele princípio na Convenção.²⁸⁰

Como destaca Judith Martins-Costa, trata-se de uma escolha conscientemente feita pelos autores da Convenção de Viena que debateram longamente a questão de saber se a boa-fé deveria ser consagrada como norma geral aplicável às partes contratantes – isto é,

²⁷⁷ HONNOLD, 1989, op. cit., p. 369.

²⁷⁸ Ibid., p. 369.

²⁷⁹ KOMAROV, Alexander S. Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1). *Journal Law & Commerce*, v. 25, n. 75, 2006, p. 82.

²⁸⁰ GARRO, 1989, op. cit., p. 464-4 65.

pautando a interpretação dos contratos e regulando o exercício jurídico – ou apenas como cânone de interpretação da própria Convenção²⁸¹

Dessa forma, Schwenzer e Schlechtriem acentuam ser de “suma importância” a história legislativa do art. 7, pois na versão imediatamente anterior ao texto final (“New York Draft 1978”) havia a menção a sua aplicação como norma geral, o que foi retirado após propostas das delegações dos Estados Unidos e da França²⁸². O principal argumento para essa retirada foi o fato de que haveria margem para muitas interpretações distintas da boa-fé e que ela poderia ser aplicada de variadas formas, de modo a prejudicar o objetivo de lei uniforme no qual a Convenção se baseia.²⁸³

Ainda que realizada essa adequação entre os anseios dos países da *civil e common law*, certo é que o compromisso de aplicação da boa-fé tão somente para a interpretação da Convenção não encerrou os problemas sobre o tema. A respeito, o comentário de Sean Thomas e Camilla Baasch Andersen:

Este compromisso não é, entretanto, sempre considerado como tal, e tem levado a um número de problemas na jurisprudência da CISG. As previsões do Artigo 7 são “simples em teoria, mas podem provar serem problemáticas quando aplicadas em determinados casos”. A terminologia do Artigo 7 (1) aparenta limitar claramente a aplicação do conceito de boa-fé para a interpretação da CISG ao invés de aumentar a sua aplicação vis-à-vis à relação contratual entre as partes, ainda que seja uma forte perspectiva alternativa.²⁸⁴

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. O princípio da boa-fé objetiva: notas comparativas entre as perspectivas da CISG e do direito civil brasileiro. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

²⁸² SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2012, op. cit., p. 121.

²⁸³ BONELL, Michael Joachim. Article 7. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 85.

²⁸⁴ THOMAS, Sean; ANDERSEN, Camilla Baasch. O que é tão bom na boa-fé? Uma exposição “advogado do diabo” de pontos de vista conflitantes sobre a utilidade da boa-fé nas vendas transacionais modernas. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A*

Seja como for, a inclusão da expressão dá azo a toda sorte de discussões sobre sua aplicabilidade, a quem se direciona, qual o seu resultado prático e mesmo qual seria a boa-fé sob a óptica da CISG. Em uma primeira análise do texto do art. 7 (1), temos a conclusão preliminar que a boa-fé seria apenas uma ferramenta interpretativa direcionada aos juízes e árbitros, que deve ser por estes utilizada de forma a evitar decisões conflitantes.

Bruno Zeller, a seu turno, sustenta que a boa-fé possui uma dupla função: uma direcionada às partes e outra ao Judiciário. Acrescenta o autor que a interpretação textual do artigo leva à descoberta de que seu papel primário é interpretar a Convenção. Dessa forma, permite ao intérprete descobrir que tal obrigação cria um princípio de "boa fé", de modo que, como existe a obrigação de ler e interpretar os artigos no contexto da CISG, esse princípio deve ser aplicado ao relacionamento das partes.²⁸⁵

No mesmo sentido, Professor Ziegel entende que o artigo 7 (1) não se refere especificamente à observância da boa fé na formação do contrato, mas a sua linguagem é suficientemente ampla para admitir essa inclusão.²⁸⁶

Mesmo nessa interpretação, os problemas são diversos. Isso porque, como de fato ocorre com outros institutos utilizados pela CISG, não há precisão sobre o que constituiria a boa-fé em seu escopo, o que leva sua interpretação observando ou leis domésticas ou a aplicação ao caso concreto, ao menos até que surja uma concepção uniforme aceita pelos diversos sistemas jurídicos, o que, na visão de Phanesh Koneru, virá a ser uma realidade. Segundo o autor, "O papel da boa fé no comércio internacional está evoluindo e se move para um conceito internacional".²⁸⁷

Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158-159.

²⁸⁵ ZELLER, Bruno. Good Faith - Is it a Contractual Obligation? *Bond Law Review*, v. 15, n. 2, 2003, p. 13.

²⁸⁶ ZIEGEL, J. S. *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel7.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

²⁸⁷ KONERU, Phanesh. The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 105, 1997, p. 141.

Dessa forma, não surpreende o significado da boa-fé ser controverso porque a “origem deste termo está na referência à boa prática comercial e foi inicialmente pretendida para regular não a interpretação das normas da Convenção, os tribunais e os tribunais arbitrais, mas sim a conduta das partes. Esta abordagem foi fortemente influenciada pelo entendimento alemão do princípio do *Treu und Glauben*”²⁸⁸.

A evidência de uso judicial da boa-fé como uma obrigação das partes contratuais pode ser retirada da jurisprudência da CISG²⁸⁹, mas, como adverte Sean Thomas e Camilla Baasch Andersen, “isso pode simplesmente evidenciar uma tendência de nacionalização de previsões internacionais”²⁹⁰.

Concordamos com os referidos autores, sobretudo se levarmos em conta a enraizada tendência, nos países de *civil law*, de conceber a boa-fé como padrão de comportamento no contrato. Todavia, a nosso ver, aplicar a boa-fé afora da sua função de interpretação, valendo-se das concepções do direito doméstico, importa afronta ao caráter internacional da Convenção e o propósito de uniformidade de sua aplicação.

Então, é preciso que se tenha uma distinção entre o uso do padrão de boa-fé no Artigo 7 (1) da CISG como meio de interpretação dos dispositivos da CISG e usar o padrão para criar novos direitos e obrigações, o que é proibido.

Em contraponto, registra-se o Comentário do Secretário para a Minuta de 1978 da CISG, segundo o qual a obrigação de boa-fé seria manifestada nas disposições referentes à irrevogabilidade das ofertas (Artigo 16(2)(b)), aceitação tardia (Artigo 21 (2)), formalidades em relação ao término (Artigo 29(2)), remediação de desconformidades (Artigos 37-40), perda do direito de declarar nulo o contrato (Artigo 49(2), 64(2) e 82) e obrigações de preservar os bens (Artigos 84-88).²⁹¹ A amplitude de sua potencial aplicação levou Viscasillas a argumentar que

²⁸⁸ SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2012, op. cit., p. 127.

²⁸⁹ Ver, e.g., (Alemanha) 18 de novembro de 2008, *Appellate Court Brandenburg* (Beer case). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081118g1.html>>; Espanha 27 de dezembro de 2007, *Appellate Court Navarra* (Caso envolvendo maquinário para a reparação de tijolos). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>>; Alemanha, 21 de dezembro de 2005, *Appellate Court Köln* (Caso de uso de comércio). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051221g1.html>>.

²⁹⁰ THOMAS; ANDERSEN, op. cit., p. 159.

²⁹¹ Ver, i. e., Comentário do Secretariat ao Artigo 6 [minuta do Artigo 7(1) da CISG]. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-07.html>>.

Apesar do histórico legislativo desta previsão e seu posicionamento atual [i. e. Artigo 7(1) da CISG], uma melhor visão é que o princípio de boa-fé permeia todo o contexto da Convenção [...] Embora este desenvolvimento do princípio da boa-fé seja contrário à intenção dos redatores, é coerente com a abordagem dinâmica na interpretação da Convenção e sua evolução no direito comercial internacional. É sugerido que a boa-fé está tendo agora um papel substancial separado do direito doméstico, resultado que pode ser atribuído à evolução no entendimento dos valores da Convenção.²⁹²

Em análise comparativa com a boa-fé do direito brasileiro, é possível dizer que há pontos de aproximação entre os dois sistemas, todavia, o conteúdo da boa-fé no direito brasileiro, por atribuição legal, é muito maior que aquele conferido pela CISG

Traçando um comparativo da boa-fé na CISG e no direito civil brasileiro, destaca Judith Martins-Costa²⁹³ que em ambos a aplicação do princípio está fundamentalmente direcionada para situações de tutela da confiança. Além disso, sustenta que, de modo geral, o princípio da boa-fé raramente atua de modo autônomo. É dizer, sua aplicação se dá conjuntamente a outros princípios e regras. Por fim, como último ponto de aproximação, sustenta que está o significado do princípio da boa-fé como norma de estabilidade do contrato e das expectativas que suscita. Extrai-se ainda da lição da autora que

Conquanto ainda incomparável o recurso aos usos do comércio, às práticas das partes e ao seu comportamento no domínio dos contratos internacionais e no dos contratos regidos pelo Código Civil, observa-se, em sede de doutrina e jurisprudência brasileiras, a tendência à valorização das condutas contratuais conforme sua adstrição (ou não) a uma regularidade comportamental que os usos e as práticas traduzem. É bem possível, nesse sentido, que o maior conhecimento da CISG entre nós provoque maior

²⁹² KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, op. cit., p. 121.

²⁹³ MARTINS-COSTA. Judith, 2015, op. cit., p. 143-144.

entendimento sobre as possibilidades hermenêuticas do art. 113 do Código Civil.²⁹⁴

Embora muitas decisões de tribunais nacionais reconheçam o dever de boa fé no âmbito da CISG, sua análise leva à conclusão de que ainda existe uma clara falta de uniformidade na interpretação desta regra da Convenção.

Todo o exposto, evidencia a singularidade do papel da boa-fé no âmbito da CISG. É incontroverso entre os autores internacionais que a boa-fé foi concebida tão-somente para reger a interpretação da Convenção, inclusive pela própria história legislativa do artigo 7º, todavia, a aplicação do instituto tomou dimensões maiores pela influência dos direitos domésticos dos países da *civil law*, contexto que evidencia uma clara falta de uniformidade na interpretação desta regra da Convenção a atentar contra o seu propósito uniformizador.

4.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA À NORMA DE MITIGAÇÃO DO ARTIGO 77 DA CISG NA VISÃO DA DOUTRINA INTERNACIONAL: RUPTURAS QUANTO AO FUNDAMENTO

Vista toda a problemática envolvendo o artigo que prescreve a boa-fé nas relações de compra e venda internacional de mercadorias regidas pela Convenção de Viena, debruçamo-nos agora à análise sobre o posicionamento da doutrina internacional quanto à possibilidade (ou não) de vinculação do princípio da boa-fé objetiva com a norma de mitigação do artigo 77 da CISG.

Assim como no tocante à abrangência da boa-fé, constata-se que a doutrina internacional é bastante divergente quanto ao vínculo da norma de mitigação ao princípio da boa-fé, discussão que está intimamente relacionada àquele tratada no item anterior. Em outras palavras, está relacionada à tradição jurídica do doutrinador: se da *civil law*, há tendência a alinhar essa relação, na medida em que a boa-fé, nos países que adotam esse sistema, é estreitamente vinculada à norma de comportamento; se da *common law*, o sentido é contrário, porquanto esse sistema rechaça a possibilidade de que questões de ordem moral influencie a relação contratual.

A propósito, levando em conta que a norma do artigo 77 foi inspirada no modelo desenvolvido pela *common law*, é preciso registrar

²⁹⁴ Ibid. p. 144.

que não há consenso entre os doutrinadores dessa tradição jurídica sobre o fundamento da limitação de evitabilidade.²⁹⁵ O mais provável é que seja considerada como um princípio autônomo²⁹⁶, sendo que a maioria dos autores sequer se pergunta seu fundamento, tratando-a autonomamente como uma regra de apuração das perdas e danos indenizáveis.

No âmbito da CISG, verifica-se que parcela da doutrina internacional se posiciona pela independência da *doctrine of mitigation*, ou seja, o disposto no artigo 77 constitui-se em princípio de mitigação, de origem, contornos e finalidade própria, sem vinculação ou inspiração na boa-fé ou em seus consectários e/ou deveres acessórios.

A partir da leitura dos trabalhos e reuniões preparatórias da Convenção – cujo conteúdo foi compilado na primorosa obra do professor John O. Honnold intitulada “*Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that lead to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*” – observa-se que ao longo de toda discussão que envolveu a disposição do artigo 77 da CISG não houve uma única menção que evidenciasse a sua inspiração no princípio da boa-fé ou mesmo a necessidade de atendimento a esse princípio.

Em verdade, toda a discussão em torno da disposição – que, de início, tinha seu conteúdo estabelecido no artigo 73 para, ao final, consagrar-se no artigo 77 – versou sobre questões eminentemente econômicas, tanto que uma das polêmicas centrais dessa previsão foi a proposta dos Estados Unidos, elaborada pelo próprio Honnold, em estabelecer outras consequências para o descumprimento do artigo 77, tal como o direito à redução do preço, proposta, todavia, rejeitada pela maioria das delegações.

Essa ausência de vinculação da mitigação à boa-fé durante a elaboração da Convenção foi relatada também por Enderlein e Maskow, os quais expõem que é possível invocar o artigo 77 com base na boa-fé, mas “como pode ser visto a partir da gênese da conferência diplomática, foi uma falta de tempo no final da conferência que impediu uma solução adequada”. Ressaltam, porém, que “havia acordo em que o Artigo 77 deveria ser amplamente interpretado”.²⁹⁷

²⁹⁵ LAITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2004, p. 436.

²⁹⁶ MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. *Revue Générale de droit*. Ottawa, v. 15, p. 293-340, 1984, p. 336.

²⁹⁷ No original: “One could also imagine invoking Article 77 analogously on the basis of the principle of good faith. As can be seen from the genesis of the

Corroborando a tese de autonomia do princípio da mitigação, menciona-se ainda a obra de Franco Ferrari. Ao tratar sobre princípios gerais da Convenção, o autor expõe alguns princípios expressos tais como o da boa-fé e autonomia privada. Posteriormente, em seu estudo, sustenta que existem outros princípios que podem ser deduzidos do teor das previsões da Convenção, dentre eles, o princípio da mitigação (“*mitigation principle*”), no qual as partes devem adotar medidas razoáveis para limitar o prejuízo decorrente da quebra do contrato.²⁹⁸

Em interessante abordagem do tema, Saidov historia que, no âmbito da UPICC (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) e PECL (*Principles of European Contract Law*), existe a previsão de um dever geral de boa-fé e de “negociação justa” (*fair dealing*), razão pela qual a mitigação pode ser concebida como manifestação específica dessas normas. Essa concepção é reafirmada pelo dever de cooperação previstos nestes instrumentos internacionais.²⁹⁹

Por outro lado, ao analisar o conteúdo da CISG, o autor defende que justificar a regra de mitigação nesses mesmos termos pode ser problemático porque nesse instrumento internacional não existem princípios gerais de boa-fé e negociação justa nos moldes como na UPICC e PECL. Ainda assim, constata o autor, que cresce o entendimento de que essa regra seria um reflexo do princípio geral da boa-fé, apesar do compromisso inicial de incluí-lo apenas como um padrão de interpretação.³⁰⁰

Segundo Knapp, o artigo 77 enuncia o que ele denomina de princípio da prevenção (*prevention principle*), segundo o qual uma parte ameaçada por uma perda decorrente de um inadimplemento contratual incorrido pela outra parte não tem a permissão de esperar passivamente

diplomatic conference, it was a lack of time at the end of the conference which prevented a proper solution. There was agreement in that Article 77 should be broadly interpreted (Knapp/BB, 566)”. ENDERLEIN; MASKOW, op. cit., p. 309.

²⁹⁸ FERRARI, Franco. General principles and International uniform Commercial law conventions: A study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit Conventions on International Factoring and leasing. *10 Pace Int'l L. Rev.* n. 157 1998, p. 175.

²⁹⁹ SAIDOV, op. cit., p. 128.

³⁰⁰ Ibid. Ver ainda: Cf. J Klein, ‘Good Faith in International Transactions’ (1993) 15 *Liverpool L. Rev.* 131-2; STOLL; GRUBER, op. cit.; MAGNUS, Ulrich. Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, *Principles of International Commercial Contracts. 10 Pace International Law Review*, V. 89, 1998.

pela ocorrência ou aumento do dano, para então ingressar com a ação indenizatória.³⁰¹

Goetz & Scott, a seu turno, desenham contornos econômicos ao *duty to mitigate the loss*, afirmando que “a doutrina das consequências evitáveis, que impede que a vítima seja indenizada por perdas que ela razoavelmente poderia ter evitado, é o coração do princípio da mitigação”³⁰². Em outra obra, Scott, desta vez acompanhado por Kraus, anuncia que “a doutrina das consequências evitáveis [...] é uma manifestação particular do extensivo princípio da mitigação, aplicável por todo o direito contratual”.³⁰³ No mesmo sentido, Farnsworth sustenta que é clara a justificativa econômica desta regra, porquanto encoraja a vítima a atuar no sentido de minimizar os indesejáveis resultados da quebra³⁰⁴.

Por sua vez, há autores que defendem que a norma de mitigação está abrangida na doutrina da causalidade, a exemplo de Furmston³⁰⁵, Farnsworth³⁰⁶ e Hart & Honore³⁰⁷, sendo que esses últimos traçam a seguinte linha de raciocínio:

[...] talvez mais compatível com o critério puramente causal é a visão de que o demandado é responsável se, nas dadas circunstâncias, a sua contribuição faz a diferença entre infração e não infração aos direitos do demandante ou agrava uma infração pré-existente. [...] A regra das consequências evitáveis preceitua que, se um demandante, após sofrer uma invasão na sua esfera de direitos, falha em adotar as providências razoáveis para evitar o agravamento dos danos para si mesmo, ele é impedido de ser ressarcido pelos danos agravados que ele, por culpa, deixou de evitar, e.g. se após sofrer uma lesão por conta de ato culposo do demandado, ele deixa de obter cuidados médicos adequados, com a consequente

³⁰¹ KNAPP, op. cit., p. 559.

³⁰² “[t]he doctrine of avoidable consequences, which precludes an injured party from recovering damages for losses which he reasonably could have avoided, is the centerpiece of the mitigation principle”. GOETZ; SCOTT, op. cit., p. 967.

³⁰³ SCOTT; KRAUS, op. cit., p. 113.

³⁰⁴ FARNSWORTH, 2004a, op. cit., p. 779.

³⁰⁵ FURMSTON, M. *Law of Contract*. Londres: Butterworths, 1981, p. 555.

³⁰⁶ FARNSWORTH, 2004a, op. cit.

³⁰⁷ HART, H. L.; HONORÉ, T. *Causation in the Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1985, p. 230.

piora da lesão. De acordo com uma regra semelhante, a falha do demandante em mitigar danos pode, nesta mesma extensão, reduzir o seu pleito. A conduta do demandante pode constituir uma causa voluntária para o dano agravado, como na hipótese em que um demandado, em violação ao contrato, fornece sementes de qualidade inferior e o demandante, apesar de ciente, utiliza as tais sementes; aqui, sua conduta voluntária é, por princípio de senso comum, a única causa de sua colheita de qualidade inferior (sendo possível obter sementes adequadas em algum outro local).³⁰⁸ (tradução nossa).

Por outro lado, há autores, como Stoll & Gruber, que sustentam que o artigo 77 da CISG se insere no “princípio geral de boa-fé” que estaria expresso no Artigo 7º da Convenção.³⁰⁹

Riznik, amparando-se em Lookofsky, afirma que o artigo 77 da CISG é uma “expressão do princípio geral de boa-fé no comércio internacional”³¹⁰. Neste caso, o autor não recorre ao artigo 7º da CISG, como fazem Stoll & Gruber, mas sim à boa-fé no comércio internacional, o que parece equivocado porque, existindo previsão específica da boa-fé

³⁰⁸ No original: “*Separate from these and perhaps more compatible with purely causal criteria is the view that defendant is liable if in the existing circumstances his contribution makes the difference between infringement and non-infringement of the plaintiff’s rights or aggravates an existing infringement. [...] The rule of avoidable consequences lays down that if plaintiff, after he has suffered an invasion of his rights, fails to take reasonable care to avoid further harmful consequences to himself, he is barred from recovering for the further harm which he negligently fails to avert, e.g. if after suffering an injury through defendant’s negligence he fails to obtain proper medical care, with consequent aggravation of the injury. By a similar rule, plaintiff’s failure to mitigate damages may to that extent reduce his claim. Plaintiff’s conduct may amount to a voluntary causing of the further damage, as when a defendant in breach of contract furnished inferior seed and plaintiff, knowing of the defect, nevertheless planted the seed; here his voluntary conduct is on common-sense principles the ‘sole’ cause of his obtaining an inferior crop (good seed being obtainable elsewhere).*”

³⁰⁹ STOLL; GRUBER, op. cit., p. 787.

³¹⁰ RIZNIK, Peter. *Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

na CISG, não há necessidade de valer-se da ideia de boa-fé fora desse instrumento internacional.

Também no sentido de que a norma da mitigação concretiza o princípio da boa-fé, cita-se ainda Fernández³¹¹, Magnus³¹², Ortiz y Viscasillas³¹³, Blásquez³¹⁴ e Huber & Mulis.³¹⁵

No magistério de Amy H. Kastely, a noção de boa-fé no comércio internacional está explicitamente prevista como um princípio na Convenção, nos termos do artigo 7º, sendo a norma de mitigação de danos exemplo de boa-fé.³¹⁶

Eric Schneider acrescenta que a mitigação da perda pode se tornar uma espada, bem como um escudo de danos - baseando-se na disposição "princípios gerais" do artigo 7.º, n.º 2, para criar um dever de "lealdade para a outra parte no contrato".³¹⁷

Como se vê, o raciocínio baseia-se na ideia de que a mitigação de danos tem vínculo estreito com o padrão de comportamento esperado de um contratante de boa-fé, no cumprimento dos deveres de lealdade e cooperação subjacentes às regras da CISG. Em análise à doutrina nacional sobre o tema, esse entendimento é defendido por autores como Martins-Costa³¹⁸ e Tripodi, segundo o qual:

³¹¹ FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema. *Revista e-mercatoria*, n. 2. p. 77-102.

³¹² MAGNUS, op. cit., p. 95.

³¹³ ORTIZ, Rafael Illescas; VISCASILLAS, Pilar Perales. *Derecho Mercantil Internacional*. El Derecho Uniforme. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 232-233.

³¹⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el "deber de mitigar" "ex" artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454). *Revista de Derecho Patrimonial*, tomo I, n. 5, p. 203-219, 2000, p. 218.

³¹⁵ HUBER; MULIS, op. cit.

³¹⁶ KASTELY, Amy H. Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention. *Nw. J. INT'L L. & Bus.*, v. 8, n. 3, p. 574-597, 1988.

³¹⁷ SCHNEIDER, Eric C. Measuring damages under the CIGS – Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 9, n. 1, p. 223-237, 1997, p. 237.

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTR, 1996, p. 174-176.

O segundo exemplo do dever de lealdade e de cooperação da CISG é o de mitigação das perdas, previsto no art. 77 [...] Trata-se de evidente exemplo da existência de lealdade e cooperação na CISG, pois a parte lesada não apenas sofreu o impacto de uma quebra de contrato, que pode até mesmo ter frustrado suas expectativas, como ainda fica obrigada a agir exclusivamente no interesse da parte culpada.³¹⁹

Rebatendo esse entendimento, Farnsworth afirma que o artigo 7º da CISG não tem aptidão para impor qualquer dever de boa-fé às partes³²⁰, de modo que a falta de mitigação de danos não é [...] uma violação do dever mais geral de boa fé³²¹.

À vista desses posicionamentos, conclui-se que a função atribuída à boa-fé na CISG, é dizer, unicamente interpretativa, afasta a sua vinculação como padrão de comportamento de modo a fundamentar o instituto da mitigação, o qual, aliás, foi concebido sob justificativas próprias e com delineamentos específicos da *common law*, sistema jurídico que também rechaça essa relação.

Não bastasse isso, a própria ausência de construção de um princípio geral de boa-fé na CISG – tal como presente em outros instrumentos internacionais (UPICC e PECL) – corrobora a impossibilidade de utilizar-se dessa previsão como uma “super ferramenta” a atuar sobre todo o instrumento internacional.

Ainda que se considere o artigo 77 da CISG como expressão do princípio da boa-fé, tal entendimento não autorizaria o intérprete a, na ausência desse artigo, recorrer diretamente à boa-fé para justificar a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Dispositivos legais são “expressões” ou “manifestações” de princípios, mas a ausência de dispositivos legais é uma legítima opção de política legislativa.

Além disso, a alegação de que a mitigação de danos é expressão da boa-fé é também questionada em virtude da existência de “incentivos” para a adoção das medidas mitigadoras: por um lado, nega seu direito a

³¹⁹ TRIPODI, Leandro. Aspectos da tutela à boa-fé na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. In: CELLI JR., U.; BASSO, M.; AMARAL JR., A. (Coords.). *Arbitragem e comércio internacional. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 406.

³²⁰ FARNSWORTH, 2004a, op. cit., p. 489.

³²¹ Ibid., p. 479.

ser indenizado se simplesmente quedar-se inerte; por outro lhe concede o direito à reparação pelos custos empregados nos esforços de mitigação.³²²

De todo o exposto, conclui-se que é necessária a desvinculação da norma de mitigação com a boa-fé, porque além dessa relação não ser genuína na Convenção de Viena – que não apenas serviu de inspiração para recepção do instituto mas também é norma vigente no direito brasileiro – acabou tendo por efeito prático a transformação do instituto, que não se amolda nem ao modelo previsto na Convenção, nem a qualquer regra relativa à responsabilidade contratual. Permanece como um brocardo sem respaldo e criando soluções diversas daquelas previstas pelas regras de responsabilidade prevista no Código Civil.

Isso é pernicioso não apenas no julgamento de litígios envolvendo o direito doméstico, pois, por vezes, afasta a aplicação de regras expressas para se buscar uma solução principiológica, atentando contra a segurança jurídica, mas também no julgamento de litígios internacionais submetidos à CISG.

É que, tendo o *duty to mitigate the loss* alcançado tamanha popularidade nesse molde aberto – o que podemos denominar de *duty to mitigate the loss* à brasileira – vê-se com bastante preocupação a aplicação pelos tribunais brasileiros do artigo 77 da CISG. Isso porque também se popularizou a vinculação da importação à CISG – vê-se, aliás, que diversas decisões judiciais utilizam como fundamento a previsão dessa matéria na CISG -, tendo-se receio, portanto, que o julgador relacione o *duty to mitigate the loss* consolidado no Brasil com a norma positivada na Convenção.

Ressalta-se, por oportuno, que ainda não houve uma decisão de tribunal brasileiro submetida à regência da CISG em que houvesse a aplicação da norma de mitigação prevista no artigo 77. Contudo é preciso registrar que recentemente foi proferida a primeira decisão de tribunal brasileiro aplicando a CISG em demanda submetida à sua regência. Trata-se do caso conhecido como pés de galinha em que, apesar de o Tribunal ter adentrado ao estudo das disposições da CISG, acabou aplicando indevidamente o princípio da boa-fé, o que reforça a necessidade de manter-se presente a advertência de Franco Ferrari, no sentido de evitar a leitura da CISG com lentes domésticas.

Destarte, esse estudo apontou que a entrada em vigor da Convenção – na qual a norma de mitigação de danos passou a ter força de lei – rompeu com o modelo de mitigação peculiarmente desenvolvido

³²² McCORMICK, Charles T. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West, 1935, p. 152-153.

pelo Brasil à vista dos contornos estritos do artigo 77, os quais pouco lembram o instituto popular e versátil aplicado pelos tribunais brasileiros, que o empregam, sob as mais diversas facetas, servindo inclusive como substitutivo da *supressio* dentre outros consectários da boa-fé. Outras vezes figura nos julgados como ornamento decisório a fim de dar maior concretude a fundamentações de boa-fé, sem, contudo, estar configurada hipótese que se amolda à previsão de mitigação.

Essa distorção, como visto, ocorreu em virtude da vinculação do princípio de mitigação de danos à boa-fé objetiva, o que tornou o instituto vago e subjetivo tal como se empreende na análise de cláusulas gerais, construção, porém, que em nada se assemelha ao preceito estabelecido pela CISG.

Em conclusão, tem-se que da ruptura de abrangência do instituto chegou-se à ruptura de fundamento, pois que a ocorrência dessas incongruências na aplicação do *duty to mitigate* estão intrinsecamente relacionadas ao fundamento que respalda esse instituto no Brasil.

Referida situação torna temerário, ao menos nos tribunais brasileiros, o objetivo de uniformização perseguido pela Convenção de Viena, na medida em que o julgador, ao se deparar com lide relativa à compra e venda internacional de mercadorias submetida à CISG, tenderá a aplicar o conhecimento adquirido com a aplicação *duty to mitigate the loss* concebido no Brasil, é dizer, com roupagem ampla que, nessa hipótese, poderá ser adaptável a diversas situações previstas na Convenção, afrontando, assim, os contornos expressos desse instituto.

Dessa forma, impõe-se a reconstrução da concepção do *duty to mitigate the loss* pela doutrina e jurisprudência brasileira, dessa vez com viés crítico que advém da profunda análise da CISG, a fim de que haja uma exata compreensão das incongruências do instituto desenvolvido no Brasil, buscando-se não somente alinhar a aplicação em casos que envolve o direito doméstico, evitando-se os abusos que malferem regras expressas, mas principalmente amoldar-se à conjectura prevista na norma internacional para não malferir os propósitos da Convenção e a ordem de segurança jurídica indispensável ao regular desenvolvimento das relações comerciais internacionais.

5 CONCLUSÃO

Findo o estudo proposto, cabe tecer derradeiras considerações.

O *duty to mitigate the loss* é um instituto consagrado na *common law* e em instrumentos internacionais, tendo como papel fundamental conferir racionalidade econômica e equilíbrio ao contrato. A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no influxo dessas ideias, também prevê norma de mitigação no artigo 77, estruturada sob a seguinte premissa: a parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, resultante da violação contratual e, se não o fizer, a parte inadimplente pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

A previsão desse instituto na CISG foi capaz de produzir diversas repercussões, inclusive no direito doméstico brasileiro. Isso porque, diante da notória qualidade desse texto uniformizador, resultante do aprimoramento de dois instrumentos anteriores (Lei Uniforme sobre Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - ULF e Lei Uniforme sobre Contratos Internacionais de Compra e Venda - ULIS), e da ampla aceitação pelos países das mais diversas culturas jurídicas, políticas e econômicas, a doutrina brasileira, por inspiração no modelo da CISG, internalizou o instituto previsto no artigo 77 sob a justificativa de que haveria lacuna no ordenamento jurídico acerca do tema.

Embora louváveis as justificativas que embasaram a internalização, é bem verdade que houve pouca reflexão sobre o instituto estrangeiro, em especial quanto aos seus contornos, fundamentos e abrangência, de modo que a mitigação passou a ser aplicada a inúmeras relações jurídicas e com as mais diversas facetas graças ao fundamento em que foi recebida pelo Brasil: o princípio da boa-fé objetiva previsto no artigo 422 do Código Civil de 2002. O amplo espectro de atuação desse princípio, concebido no ordenamento civil como cláusula geral, acabou sendo emprestado à norma de mitigação, moldando um brocardo de contornos diversos daquele previsto pela CISG.

Assim, entrando em vigor a CISG no Brasil em 16 de outubro de 2014 com *status* de lei ordinária e tendo esse instrumento contornos bem definidos, constatou-se a ocorrência de rupturas com o modelo desenvolvido em precedência pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Para compreender as rupturas de fundamento e de abrangência entre o *duty to mitigate the loss* desenvolvido pelo Brasil e aquele previsto na CISG, estruturou-se o presente estudo em três capítulos. Deles se

concluiu que a norma de mitigação prevista na CISG é uma baliza na quantificação dos danos em pretensão de indenização por inadimplemento contratual, não havendo espaço para aplicação em outras hipóteses, o que se evidencia da rejeição da proposta de emenda nesse sentido apresentada pelos Estados Unidos. Ainda, verificou-se que no Brasil foi conferida ampla abrangência ao *duty to mitigate the loss*, contexto que está em linha de ruptura com aquele previsto na norma internacional. Também se verificou que, no âmbito da CISG, a temática relativa ao fundamento jurídico da norma de mitigação não é pacífica, todavia, pela própria gênese do instituto, entendemos que se trata de um princípio autônomo e que, portanto, não há a estreita relação com a boa-fé, sobretudo porque essa não possui a função de atuar como norma comportamental na Convenção.

Assim, à vista das hipóteses traçadas na introdução deste estudo, observa-se que a primeira foi confirmada, na medida em que, de fato, antes da ratificação da CISG pelo Brasil, o *duty to mitigate the loss* foi efetivamente incorporado ao sistema jurídico em razão da alegada compatibilidade com o dever de cooperação, acessório do princípio da boa-fé objetiva.

Igualmente, a segunda hipótese foi confirmada, pois que, no momento em que a CISG entrou em vigor e, assim, tornou-se cogente a norma de mitigação prevista no artigo 77, ocorreram rupturas com o modelo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência brasileira à vista da dissonância quanto ao fundamento e à abrangência entre os institutos.

De todo o exposto, conclui-se que a internalização de um instituto estrangeiro, em que pese aplaudida se destinada a aprimorar o direito doméstico, deve ser precedida de intenso estudo e reflexão, cautela indispensável para que se vislumbre a necessidade e cabimento da importação à luz das regras nacionais vigentes, as quais, no caso do Brasil, são criadas após complexo processo legislativo previsto na Constituição Federal de 1988. Ou seja, deve-se adotar todas as cautelas para que o instituto internalizado não venha a afrontar regras devidamente positivadas, causando um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica.

Para além da cautela com as regras nacionais existentes, é preciso detido estudo do instituto estrangeiro, levando em conta que esse possui contornos e finalidades específicos, conjecturou-se em um contexto próprio e para atender a situações determinadas. Sob essa perspectiva, é que se deve estudar se é possível empregar ao instituto, à luz do regramento nacional, todo o arcabouço que possui em seu instrumento legal de origem, a fim de evitar distorções capazes de desfigura-lo e

causar imbróglis seja na aplicação em casos envolvendo o direito doméstico seja na aplicação em casos submetidos ao instrumento internacional.

A internalização do *duty to mitigate the loss* pelo Brasil, fato consumado à vista da ampla disseminação na doutrina e jurisprudência nacional, deveria ter sido precedida da seguinte análise: (a) trata-se de instituto que, positivado na CISG, foi inspirado no modelo desenvolvido pela *common law*, sistema em que a fonte principal do direito são os costumes e a jurisdição, não havendo, portanto, processo formal de criação de leis, o qual, por sua vez, é a fonte primeira do direito brasileiro, cuja tradição estabelece a indispensabilidade de leis escritas; (b) na CISG, a norma de mitigação é concebida apenas para a hipótese de pedido de indenização por perdas e danos decorrente do inadimplemento contratual, sendo vedado o seu uso para outras hipóteses; (c) a norma de mitigação, tal como inserida na CISG, não possui um fundamento jurídico unívoco, sobretudo porque a existência desse instituto baseia-se em justificativas econômicas, todavia, o estudo da doutrina internacional especializada leva a crer que se trata de princípio autônomo, não possuindo, portanto, genuína relação com outro(s) princípio(s), a exemplo da boa-fé objetiva; (d) o conteúdo da boa-fé, no âmbito da CISG, é bastante controverso e não permite a automática correspondência com a norma de mitigação prevista no artigo 77.

Como examinado neste estudo, a reflexão realizada pela doutrina brasileira não observou atentamente essas premissas e, objetivando importar o instituto, enquadrou-o como dever advindo da ampla cláusula geral da boa-fé objetiva, relação que conferiu extenso e indefinido espectro de atuação à exigência da mitigação e cuja aplicação resultou, algumas vezes, em afronta a normas positivadas no ordenamento civil brasileiro.

Dessa forma, a entrada em vigor da norma de mitigação prevista no artigo 77 da CISG causou rupturas significativas no tocante à abrangência e ao fundamento do modelo desenvolvido pelo Brasil. A magnitude das diferenças entre os institutos, a nosso ver, torna temerário qualquer aproximação/comparação a ser empreendida pelo julgador brasileiro em futuro julgamento de caso submetido à regência da CISG, sob pena de subverter as principais balizas do instituto e, por consequência, afrontar o objetivo primordial de uniformização das regras aplicáveis às relações de compra e venda internacional de mercadorias almejado pela CISG.

É preciso, destarte, que haja uma reconstrução da concepção do *duty to mitigate the loss* pela doutrina e jurisprudência brasileira com viés

crítico que advém da profunda análise da CISG, a qual, como visto, encontra-se em pleno vigor no país, a fim de que haja uma exata compreensão das incongruências do instituto desenvolvido no Brasil, devendo-se refletir ainda se de fato era necessária a internalização à vista dos instrumentos legais previstos no Código Civil de 2002 e se toda a amplitude conferida ao instituto tem sido benéfica ao direito brasileiro ou se, pelo contrário, tem afrontado normas legitimamente positivadas em confronto com a segurança jurídica.

Entende-se, por fim, que é preciso a conscientização de que a internalização de institutos previstos em instrumentos internacionais deve ser empreendida de maneira cautelosa para que, quando esses eventualmente ingressem no ordenamento jurídico nacional, não haja desvirtuamento teórico capaz de tornar inócua a norma internacional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALSTINC, Michael P. Van. *Dynamic Treaty Interpretation*, 146 U. PA. L. REV. 686, p. 778-82, 1998.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 63, p. 45-56, jan./mar. 1993.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 119-146, abr.-jun. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Ônus. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1981.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 123-129, jan-mar. 2000.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocates' Quarterly, Agincourt*, v. 13, n. 3, p. 273-307, 1992.

BENETI, Ana Carolina. Brazil and the CISG: a question of legal certainty. *Revista IHR – Internationales Handelsrecht*, v. 3, p. 98-101, jun. 2015.

BERNARDINI, Alessandra. La Compravendita mobiliare e il dovere di limitare il danno alla luce dell'art. 1227, comma 2º, C. C. e della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. *Rivista Diretta del Commercio Internazionale*, fasc. 3-4, p. 711-741, 1995.

BONELL, Michael Joachim. Article 7. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 480-3 DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 04/09/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação n. 158909-7*. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Albino Jacomel Guerios. Julgado em 23/08/04.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Décima Sexta Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n. 1.170.013-1*. Relator: Des. Candido Alem. Julgado em 03/07/2007. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=673382&cdForo=0>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 846.455*. Relator Min. Castro Filho, julgado em 10/03/2009a. Publicado em 22/04/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=846455&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. *Apelação Cível n. 70025609579*. Relator Designado: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 20/05/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 953.38/SP*. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 15/03/2010a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso *Especial* nº 758.518/PR. Terceira Turma. Relator Min. Vasco Della Giustina. Julgado em 17/06/2010. Publicado em: 28/06/2010b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=758518&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=trua>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* nº 70053435400. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Liege Puricelli Pires. Julgado em 08/05/2013. Publicado em 20/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* nº 2014.093137-5. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator Des. Ronei Danielli. Julgado em 12/05/2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=duty%20to%20mitigate&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALL/pAAN&categoria=acordao>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* n. 70069954626. Nona Câmara Cível. Relator: Des. Eugenio Facchini Neto. Julgado em 14/12/2016. Publicado em 03/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* nº 70070093760. Décima Câmara Cível. Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* n. 70072362940. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Umberto Guaspari Subrack. Julgado em 14/02/2017a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* nº 70072880990. Décima Câmara Cível. Relator Des. Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 27/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação* nº 1000621-61.2016.8.26.0505. 19ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Des.

Cláudia Grieco Tabosa Pessoa. Julgado em 02/10/2017. Publicado em 30/10/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10929964&cdFforo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0038458-27.2011.8.26.0576*. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Giffoni Ferreira. Julgado em 24/10/2017. Publicado em 25/10/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10912293&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1000565-39.2017.8.26.0005*. 14ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Abrão. Julgado em 06/12/2017. Publicado em 06/12/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11043982&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1636692/RJ*. Terceira Turma. Relator Min: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12/12/2017. Publicado em 18/12/2017f. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adimplemento+substancial&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1001782-24.2015.8.26.0576*. 30ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desa. Maria Lúcia Pizzotti. Julgado em 21/2/2018. Publicado em 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11204362&cdFforo=0>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRIDGE, Michael. Mitigation of Damages in contract and the meaning of avoidable loss. *Law Quarterly Review*, p. 398-423, 1989.

_____. *The international sale of goods – law and practice*. New York: Oxford University Press, 1999.

BUTLER, P. The use of the CISG in Domestic Law. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, p. 7-27, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CISG. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-77.html>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

COMINO, Tomas Barros Martins. *As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015.

CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE VIENA. *Resumo da Ata das Reuniões do Primeiro Comitê, 30ª Reunião*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting30.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CORDEIRO NETO, Alberto de Campos; RADAEL, Gisely Moura; LOPES, Luiz Felipe Calábria. *O Brasil e a ratificação da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG): vantagens e desvantagens*. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/O_BRASIL_E_A_RATIFICACAO_DA_CISG.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2017.

CRUZ, G. S. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERAINS, Yves. L'Obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitral. *Revue de droit et affaires internationales*, 1987.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*, n. 45, jan.-mar. 2011.

_____. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI MATTEO, Larry A. et al. *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*. Cambridge University Press: New York, 2005.

DICKSTEIN, Marcelo. *O Dever de Mitigação do Dano no Direito Brasileiro*. 20 11. 64 f. Trabalho de Conclusão (Pós Graduação *Latu Sensu* em Direito Civil-Constitucional)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. New York: Oceana Publications, 1992.

FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004a.

_____. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. New York: Aspen, 2004b.

_____. Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code. *30 U. Chi. L. Ver.* 666, 667, 1962.

FELMEGAS, J. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: article 7 and uniform interpretation*. Tese de PhD, University of Nottingham, 2000.

FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño em la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema. *Revista e-mercatoria*, n. 2. p. 77-102.

FERRARI, Franco. CISG Case Law: A new challenge for the interpreters? *Int'l Bus. L.J.* v. 495, 1998a.

_____. *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. European Law Publishers, 2005.

_____. General principles and International uniform Commercial law conventions: A study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit Conventions on International Factoring and leasing, *10 Pace International Law Review*, n. 157, 1998.

_____. Defining the sphere of application of the 1994 “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *Tulane Law Review*, n. 69, 1995.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Boa-fé objetiva e constitucionalização do direito privado. Os deveres anexos e a violação positiva do contrato. Conceitos parcelares da boa-fé objetiva. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, n. 87, jan-fev. 2014.

FINKELSTEIN, Cláudio. Um sistema comercial global e a boa-fé dos contratantes. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

FISHER, G. E. Remedies for breach of contract under the International Sales Convention. *1 Macarthur Law Review*, n. 236, 1997.

FLECHTNER, Harry. Comparing the general good faith of the PECL and the UCC: appearance and reality. *13 Pace International Law Review*, p. 295-337, 2001.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

FURMSTON, M. *Law of Contract*. Londres: Butterworths, 1981.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2008.

GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARRO, Alejandro. Reconciliation of legal traditions in the U.N: Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *International Lawyer*, v. 23, p. 443-483, 1989.

GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GILLETTE, Clayton P.; SCOTT, Robert E. The Political Economy of International Sales Law. *25 INT'L REV. L. & ECON.* 446,452, 2005.

GOETZ, C. J.; SCOTT, R. E. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, p. 967-1024, 1983.

GOLDMAN, B. La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives. *JDI*, 1979.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOULART, Monica Eghrari. A Convenção de Viena e os Incoterms. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 856, p. 67-91, fev. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HANOTIAU, B. Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *International Business Law Journal*, n. 393, 1987.

HART, H. L.; HONORÉ, T. *Causation in the Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1985.

HOFMANN, N. Interpretation rules and good Faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe. *Pace International Law Review*, v. 22, n. 1, 2010.

HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*. Philadelphia: Kluwer Law, 1989.

_____. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, Peter; MULIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. III, 2005, Brasília. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005.

KAHN, Philippe. Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international. *JDI*, v. 116, n. 2, 1989.

KASTELY, Amy H. Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention. *Nw. J. INT'L L. & Bus.*, v. 8, n. 3, p. 574-597, 1988.

KATZ, Avery. Remedies for breach of contract under CISG. *International Review of Law and Economics*, Meppel, v. 25, p. 378-396, 2006.

KEILY, T. Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 3 *Vindobona Journal of International Law and Arbitration*, p. 15-40, 1999.

KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 559-567.

KOMAROV, Alexander S. Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1). *Journal Law & Commerce*, v. 25, n. 75, 2006.

KONERU, Phanesh. The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 105, 1997.

KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos: evolução e desenvolvimento recíprocos entre o direito do comércio internacional e os direitos estatais*. 2014. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco. *Judiciário brasileiro aplica pela primeira vez a CISG*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-19/judiciario-brasileiro-aplica-primeira-vez-cisg>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LAITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

LOOKOFISKY, Joseph. *International Encyclopedia of Laws*. s.l.: Kluwer, 1993.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de

Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MAGALHÃES, José Carlos; VISCONTE, Debora. A mitigação de danos pelo credor. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGNUS, Ulrich. Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts. 10 *Pace International Law Review*, V. 89, 1998.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, abr./jun. 1995.

_____. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. v. 5, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTR, 1996.

_____. O princípio da boa-fé objetiva: notas comparativas entre as perspectivas da CISG e do direito civil brasileiro. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

McCORMICK, Charles T. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West, 1935.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. *Revue Générale de droit*. Ottawa, v. 15, p. 293-340, 1984.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício et al. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 609-610.

MÜLLER-CHEN, Markus. Section III: Remedies for breach of contract by the seller. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods*, OUP, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 1980.

NAÇÕES UNIDAS. UNCITRAL. Resolução adotada pela Assembleia Geral sobre relatório do Sexto Comitê (A/51/628). *Relatório da UNCITRAL sobre os trabalhos da 29ª sessão*. Disponível em:

<<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-161.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

NADELMANN, Kurt H. The uniform law on the international sale of goods: a conflict of laws. *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 74, p. 449-463, 1965.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 422, p. 31-46, dez. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEUMAYER, Karl H.; MING, Catherine. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Lausanne: CEDIDAC, 1993.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454). *Revista de Derecho Patrimonial*, tomo I, n. 5, p. 203-219, 2000.

ONU-UNCITRAL. United Nations Conference on Contracts for The International Sale of Goods. *Official Records*. Vienna, 10 March-11 April 1980. Nova York, United Nations, 1991.

OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

ORTIZ, Rafael Illescas; VISCASILLAS, Pilar Perales. *Derecho Mercantil Internacional*. El Derecho Uniforme. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

ORTSCHEIDT, Jérôme. *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 2001.

OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris: LGDJ, 1992.

PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 3*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net>, novembro/2011>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte especial*. Tomo XXII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

POWERS, P. J. Defining the indefinable: good faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 18 *Journal of Law and Commerce*, p. 333-353, 1999.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2017.

RIZNIK, Peter. *Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ROCHA, António Manuel; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2, Lisboa: Almedina, 1984.

RODRIGUEZ JUNIOR, Otavio Luiz. *Problemas na importação de conceitos jurídicos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public Approfondi*. Paris: Dalloz, 1958.

SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in international sales: The CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

SAN MARTÍN, Lilian Cecilia. *Del ‘deber’ del acreedor de evitar o mitigar el daño*. Tese (Doutorado em Sistema Jurídico Romanístico, Unificazione Del Diritto e Diritto dell’Integrazione)- Università Degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2010.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, v. XIV: Direito das obrigações (arts. 1037-1078)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods*. OUP, 2010.

_____. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. *Internationales UN-Kaufrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

SCHMITTHOFF, Clive. *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*. 9. ed. Stevens & Sons: London, 1990.

SCHNEIDER, Eric C. Measuring damages under the CISG – Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 9, n. 1, p. 223-237, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWENZER, Ingeborg. Regional and Global Unification of Sales Law. *European Journal of Law Reform*, n. 13, p. 370-379, 2011.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG-Successes and Pitfalls. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, 2009.

SCHWENZER; Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCOTT, R. E.; KRAUS, J. *Contract Law and Theory*. Newark: LexisNexis, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOMBRA, Thiago Luiz Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9. n. 33, p. 307-342, jan. 2008.

STOLL, Hans; GRUBER, Georg. Article 77. In: SCHLECHTRIEM, Peter (Ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

SUMMERS, Robert S.; HILLMAN, Robert A. *Contract and related obligation: Theory, doctrine and practice*. Minnessota: West Publishing Co., 2006.

SUTTON, Jeffrey S. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Ohio State Law Journal*, v. 50, p. 737-752, 1989.

TAOK, Mireille. *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Paris: Bruylant, 2009.

TARTUCE, Flavio. *Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda (duty to mitigate the loss), aplicação do Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário, decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. V. 2. São Paulo: Del Rey, 2007.

_____. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/6>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: direito das obrigações*. v. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

THOMAS, Sean; ANDERSEN, Camilla Baasch. O que é tão bom na boa-fé? Uma exposição “advogado do diabo” de pontos de vista conflitantes sobre a utilidade da boa-fé nas vendas transacionais modernas. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASCHIMA, Eduardo Ono. *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

TRIPODI, Leandro. Aspectos da tutela à boa-fé na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. In: CELLI JR., U.; BASSO, M.; AMARAL JR., A. (Coords.). *Arbitragem e comércio internacional. Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

VERONESE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena de 1980: Substituição e Complementação ao Direito Contratual Brasileiro no Tratamento dos Contratos de Compra e Venda*. 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

VIDAL OLIVARES, Álvaro R. El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 3, 2006.

WITZ, C. L'obligation de minimiser son propre dommage dans le convention internationales: l'exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale. *Petites Affiches*, v. 232, 2002.

ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses i (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. *Four Corners: The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2003. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Good Faith - Is it a Contractual Obligation? *Bond Law Review*, v. 15, n. 2, 2003.

_____. *The challenge of a uniform application of the CISG common problems and their solutions*. *Macquarie Journal of Business Law*, v. 3, p. 309-321, 2006.

ZIEGEL, J. S. *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel7.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Symposium: CISG – The 25th Anniversary: Its Impact in the Past and Its Role in the Future*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmermann.html>>. Acesso em: 15 mar. 2017.